

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

D'UNE

THÉORIE GÉNÉRALE

DE LA REPRÉSENTATION

DANS LES OBLIGATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le 24 décembre 1897, à 3 heures

PAR

Eustache PILON

Avocat à la Cour d'appel

Lauréat de la Faculté de Droit

CAEN

IMPRIMERIE CHARLES VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU

1897



UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

D'UNE

THÉORIE GÉNÉRALE

DE LA REPRÉSENTATION

DANS LES OBLIGATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le 24 décembre 1897, à 3 heures

PAR

Eustache PILON

Avocat à la Cour d'appel

Lauréat de la Faculté de Droit

CAEN

IMPRIMERIE CHARLES VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU

1897



FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

Année scolaire 1897-1898

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (*, I. *), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. TOUTAIN (*, I. *), professeur de *Droit administratif*.

DANJON (I. *), professeur de *Droit commercial* et de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (*, I. *), professeur d'*Économie politique*.

LAISNÉ DES HAYES (☉, A. *), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Code civil*.

GUILLOUARD (*, I. *, C. ✱), professeur de *Code civil*.

LEBRET (I. *), professeur de *Code civil* (élu député du Calvados).

CABOUAT (I. *), professeur de *Droit international public et privé*, et de *Législation industrielle*.

GAUCKLER (I. *), professeur de *Droit romain*, chargé du cours d'*Histoire du Droit public français* (DOCTORAT).

MARIE (I. *), assesseur du doyen, professeur de *Droit criminel*, et chargé du cours d'*Histoire du Droit français* (DOCTORAT).

— IV —

MM. Ambroise COLIN (A. ☞), professeur de *Code civil*,
et chargé du cours d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

BIVILLE (A. ☞), professeur de *Procédure civile*, et
chargé du cours d'*Histoire générale du Droit français* (LICENCE).

AGRÉGÉS :

MM. DEBRAY, chargé d'un cours de *Droit romain* et du
cours de Pandectes.

René WORMS (A. ☞), chargé du cours d'*Histoire
des Doctrines économiques*.

LE FUR, chargé des cours de *Législation financière*
et de *Droit constitutionnel comparé*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. ☞), secrétaire du Conseil de l'Université
de Caen.



JURY D'EXAMEN

MM. GUILLOUARD, *professeur* PRÉSIDENT DE LA THÈSE.

DANJON, *professeur*.

GAUCKLER, *professeur*.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- ARNDTS. *Pandekten*, traduction Serafini,
tome I, § 76, 77, 78.
- ARNÓ. *Il contratto con se medesimo*, dans
l'*Archivio Giuridico* 1896. t. LVI
et LVII.
- AUBRY et RAU. . . . *Droit civil français*, t. IV, § 410-
417 et § 441.
- BUCHKA. *Die Lehre von der Stellvertretung
bei Eingehung von Verträgen*,
1852
- CHAMPEAU. *La stipulation pour autrui*. Thèse,
Paris, 1893.
- CURTIUS. *Die Stellvertretung bei Eingehung
von Verträgen*.
- DELAMARRE et LE POITVIN. *Traité du contrat de commission*.
- GUILLOUARD. *Traité du mandat*.
- HELLMANN. *Die Stellvertretung in Rechtsges-
chäften*, 1882.
- IHERING. *L'esprit du droit romain*, trad. de
Meulenaere, t. IV, § 63, p. 172 et
suiv., et § 66, p. 245, et dans *Jahr-
bücher für die Dogmatik*, etc.,
I, p. 273 et suiv. II, p. 67 et suiv.

- LABAND. *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allg. deutsch Handelsgesetzbuch, dans la Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.*
- LABBÉ *De la représentation. Appendice ix aux Institut. d'Ortolan, t II, p. 865 et suiv.*
- LABBÉ *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires.*
- LAMBERT. *La stipulation pour autrui. Thèse, 1892.*
- LENEL *Stellvertretung und Vollmacht, dans les Jahrbücher de Ihering, 1896, p. 1 à 130.*
- LEPA *Die Lehre von Selbsteintritte des Kommissionnär's.*
- LYON-CAEN et RENAULT. . *Traité de droit commercial, t. III.*
- MITTEIS *Die Lehre von der Stellvertretung, 1885.*
- MUSKAT *Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst.*
- POTHIER *Traité du mandat et Du quasi-contrat de gestion d'affaires.*
- RÖMER *Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst dans la Zeitschrift f. das ges. Handelsr, 19, 1874.*
- RUHSTRAT *Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung et Zur Lehre von der Stellvertretung.*
- RÜMELIN. *Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters.*

- SALMANN *Die duplex Persona in Handels-
see-und Wechselrecht* dans la
Zeitschrift f. d. g. Handelsr., 1892,
p. 370 et suiv.
- SAVIGNY *Le droit des obligations*, t. II, p. 190
et suiv.
- SCHLOSSMANN *Das Besitzerwerb durch dritte
nach römischen und heutig.
Recht*, 1881, et *Das contrahiren
mit offener Vollmacht*, 1892.
- TARTUFARI *Della rappresentanza nella conclu-
sione dei contratti*, 1892.
- TROPLONG *Traité du mandat*.
- VIGNES *Des rapports de la gestion d'affai-
res et de la stipulation pour au-
trui*. Thèse 1892.
- WINDSCHEID *Lehrbuch des Pand.*, § 73.



INTRODUCTION

1. — « Tout contrat est l'accord de plusieurs personnes dans une même manifestation de volonté de laquelle doit résulter entre elles une obligation ¹. » Il y a dans cette définition la constatation d'un rapport intime entre les volontés qui créent un contrat et les effets que ce contrat produit: c'est dans le patrimoine de ceux dont les volontés ont pris part à sa formation que s'en manifestent les conséquences.

Au surplus, cette règle n'est qu'un écho de cette idée plus générale qui veut que, pour déterminer les effets d'un acte juridique quelconque, il soit nécessaire de se reporter au moment où cet acte a été formé. « Tout acte juridique est, en effet, comme le remarque Ihering ², un tout unique et indivisible dont tous les éléments se concentrent en un seul et même foyer. »

1. SAVIGNY, *Obligations*, T. II, § 52.

2. IHERING, *l'Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, T. IV, § 63, p. 171.

Et cette règle est en même temps dictée par les nécessités de la pratique : il ne faut pas que le patrimoine d'une personne puisse se trouver à la merci des actes conclus par la volonté d'une autre.

Aussi ce principe est-il traditionnel ; formulé par les jurisconsultes romains, puis recueilli par nos anciens auteurs, il est parvenu jusqu'à nous : l'article 1165 du Code civil en donne, aujourd'hui encore, une expression affaiblie sans doute ³, mais qui témoigne suffisamment de sa vitalité dans le droit moderne.

Les auteurs complètent souvent la formule de l'article 1165 en disant : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes », mais aussi « à l'égard des personnes qui y ont été valablement représentées » ⁴.

3. La restriction mise par le législateur dans l'article 1165 à côté du principe même, est la preuve matérielle que l'idée traditionnelle de la personnalité du contrat a chez nous disparu. L'article 1165 n'est plus qu'un écho affaibli de la règle romaine, et son application diminue tous les jours, à mesure que s'étend le domaine de la stipulation pour autrui. (Cf. LAMBERT, *La stipulation pour autrui*, Thèse 1893, p. 3 et suiv.) Il ne faut pas d'ailleurs prendre à la lettre la règle de l'article 1165. Elle ne signifie pas qu'un acte juridique ne produit ses effets qu'entre les parties contractantes, et peut être méconnu par les tiers ; il est évident, en effet, qu'un droit qui pourrait être méconnu par tout autre que le contractant serait sans valeur : l'article 1165 veut dire simplement que personne ne peut, par ses actes, empiéter sur le domaine d'autrui, et disposer des droits qui appartiennent actuellement à des tiers.

4. Cf. AUBRY et RAY, *Droit civil français*, T. IV, § 346, p. 327. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, T. 1^{er}, p. 494, n° 581.

Veut-on dire par là que, si une personne fait exprimer sa volonté par l'intermédiaire d'un tiers, le contrat conclu par le tiers produit effet dans le patrimoine de cette personne comme si elle avait elle-même contracté? Non; bien que n'ayant pas figuré à la conclusion du contrat, c'est bien toujours, en effet, celui dont la volonté a été déclarée qui a donné vie à cet acte, qui l'a voulu, et, juridiquement, l'acte doit produire effet dans son patrimoine. La définition du contrat s'applique exactement: les effets se manifestent dans le patrimoine de celui dont la volonté a concouru à la formation du contrat. Il n'y a pas là de phénomène juridique spécial; il n'y a pas à parler de représentation.

Si, au contraire, l'on veut dire qu'une personne peut, en déclarant sa propre volonté, donner naissance à un acte dont les effets se produiront uniquement et directement dans le patrimoine d'autrui, on est en dehors des effets ordinaires du contrat: il y a représentation.

2. — La représentation apparaît donc comme le moyen pour une personne de recueillir directement les effets d'un contrat conclu par une autre ⁵. Normalement, l'effet du contrat se produit là où existent les volontés qui l'ont

5. Cf.: WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1^{er}, § 73, p. 189.
— GOUDSMIT, *Cours de Pandectes*, trad. Vuylsteke, t. 1^{er}, § 66, p. 173 et note 4.

formé. La représentation élargit le principe de la personnalité des effets du contrat ⁶ en permettant à quelqu'un d'obtenir, en se servant de la volonté d'autrui, les mêmes résultats que s'il avait agi en personne.

3. — Il est à peine besoin d'indiquer quels services la représentation, ainsi entendue, peut rendre. D'une façon générale, elle permet l'extension de l'activité juridique d'une personne ⁷. Elle est, comme on l'a dit, « une forme de coopération dans le domaine du droit ⁸ ». Tantôt elle permet à des individus qui n'ont pas la capacité requise par la loi pour agir eux-mêmes de prendre part à la vie juridique ; tantôt c'est à des personnes capables qu'elle vient en aide, en leur facilitant le développement de leur activité. Suppléer, compléter ou multiplier l'activité juridique d'une personne, tel est le rôle de la représentation. Elle répond, en réalité, au besoin qu'éprouvent les membres d'une société développée de pouvoir accomplir par autrui des actes qui produisent le même effet que s'ils avaient été accomplis par eux-mêmes. Aussi est-elle admise par toutes les législations modernes ⁹.

6. Cf. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1898, p. 306.

7. SAVIGNY, *Système*, T. III, § 413. — IHERING, *op. cit.*, T. IV, § 66, p. 245

8. TARTEFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, p. 2.

9. Tous les codes traitent des différentes applications de la représentation, mais ne contiennent pas de théorie générale de la représentation. Seul, le nouveau code civil allemand consacre un titre entier à « la

4. — Cette conception n'a cependant pas pour elle une longue tradition ; inconnue en droit romain ⁴⁰, elle était ignorée encore au XIII^e

Représentation ». (Art. 164-181.—V. trad. de la Grasserie, p. 36-40.) Du reste, dans la doctrine française, l'usage du mot représentation n'est pas très fréquent, tandis qu'en Allemagne, l'expression correspondante, « *Stellvertretung* », est employée couramment depuis l'ouvrage de Mühlenbruck, *Cession*, édit. 1817. L'ouvrage récent de M. Capitant (*cit. supra*), consacre un chapitre spécial à la Représentation dans les actes juridiques. Voir aussi HANOTEAU, *De la représentation dans les divers actes judiciaires*, et PAILHÉ, *De la représentation des capables en matière extrajudiciaire*.

10. Presque tous les auteurs admettent que la représentation n'existe pas en droit romain. (Cf. Labbé., Appendice IX aux Institutes d'Ortolan, t. II, p. 865 et suiv. — M. GAUCKLER, *Cours sur la « représentation en droit romain »*, professé à la Faculté de Caen. — ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. II, n° 636. — ZIMMERMANN, *Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio*. — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pand.* I, § 73. — MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht*, § 4 p. 32 et suiv. — ARNDTS, trad. SERAFINI, t. 1, note 10. — LENEL *Handeln in fremden Namen und die actiones adjecticiae qualitatis*, dans les *Jahrbücher* de IHERING 1896, p. 132. — *Contra*: SAVIGNY *Obligations*, t. II p. 162 et suiv. ; HELLMANN, *die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, p. 43 et suiv. ; REHSTRAT, *Zur Lehre der Stellvertretung* dans les *Jahrbücher* de Ihering, 1888, p. 460 et suiv.) On peut en donner comme raisons : soit l'organisation de la famille, qui permettait au *paterfamilias* d'acquiescer par ses fils de famille ou ses esclaves, résultat d'une « unité idéale de personnes entre eux et le *paterfamilias* » (ARNDTS-SERAFINI, *op. cit.*, § 76, p. 253 texte, et p. 258, note 5. TARTUFARI, *op. cit.*, p. 13, note 1) ; soit le formalisme romain (HCC, *Du formalisme romain*, p. 99-100), ou l'indivisibilité de l'acte juridique (IHERING, *op. cit.*, t. 4, p. 172) ; soit la nécessité de protéger la liberté et « d'empêcher que les hommes libres ne se placent dans une situation analogue à l'esclavage ». (SCHLOSSMANN, *Des Besitzerwerb durch Dritte nach römischen und heutigen Recht*, p. 99-100.) D'ailleurs, d'assez nombreux tempéraments furent apportés à ce principe : 1° pour l'acquisition de la possession et de la propriété (Voir les textes cités dans Windscheid, *op. cit.*, § 73, p. 191) ; mais il n'y a pas là de représentation au sens exact du mot (HELLMANN, *op. cit.*, p. 93-103 ; M. GAUCKLER, *à son cours*) ; — 2° pour le paiement d'une dette d'autrui (L. 23, 40, 53, D. de solut. 46, 3. — L. 38, 42, D. de neg. gest. 3, 5. — L. 31 pr. de her. petit, 5, 3.) ; — 3° pour la *condictio indebiti* (L. 6, § 3,

D. *de cond. indeb.*, 12, 6 — L. 67, § 1, D. *cod. tit.* — L. 80 § 7, D. *de furtis*, 47, 2) ; — 4^e pour le *mutuum* ; quand une personne avait prêté des deniers au nom d'un tiers, ce tiers acquérait la *condictio ex mutuo* contre l'emprunteur : ce résultat ne fut d'ailleurs atteint qu'au moyen d'une fiction ; c'est ainsi que, dans le cas où une personne prête des deniers au nom du prêteur, on admet que le *mutuum* se forme entre le prêteur véritable et l'emprunteur, alors même que les deniers appartiennent à celui qui les remettrait et non au prêteur. On supposait alors que la propriété des deniers avait été transférée du représentant au représenté et du représenté à l'emprunteur par l'intermédiaire du représentant (L. 9, § 8, D. *de R. C.*, 12, 1. — V. les autres hypothèses dans Girard, *Man. de droit romain*, p. 493 et les notes). Justinien étendit ce principe aux actions naissant du contrat de gage ou d'hypothèque (L. 11, § 6, D. *de pign. act.*, 13, 7. — L. 2, C. *per quas personas*, 4, 27) ; — 5^e on donna aux tiers qui avaient contracté avec un tuteur une action utile contre le pupille (V. Tartufari, *op. cit.*, note 1, 2, 3, 4) ; — 6^e mais l'innovation la plus importante fut faite lorsque le prêteur donna à ceux qui pouvaient être actionnés par le *paterfamilias*, par suite des contrats conclus par ses fils de famille ou ses esclaves, action directe contre ce *paterfamilias* (action de *peculio, quod jussu, de in rem verso*), et surtout quand il donna action directe à ceux qui avaient traité avec un préposé contre le préposant, actions *institoria* et *exercitoria*. (V. Hellmann, *op. cit.*, p. 80 et suiv. ; Girard, *op. et loc. cit.*) Néanmoins, le principe de la non-représentation subsistait encore ; car, d'un côté, le préposé restait obligé solidairement avec le préposant (L. 1, § 17 et 5, § 1. D. *de exerc. act.*, 14, 1), et, d'autre part, le préposant n'a que les actions à lui cédées par le préposé. Un nouveau progrès fut fait : une action directe fut donnée au préposant contre les tiers (L. 1 et 2, D. *de instit. act.*, 14, 3) ; puis on donna au tiers qui avait contracté avec un mandataire action directe contre le mandant : *actio utilis quasi institoria* ou *ad exemplum institorie actionis* ou *actio negotiorum gestorum*. (V. sur tous ces points, Girard, *op. cit.*, p. 643 et suiv. ; sur la loi 31 pr. D. *de neg. gestis*, 1, 5, v. RUHSTRAT, *op. et loc. cit.* p. 460-463. Mais, ici, il n'y a pas encore représentation, car le tiers avait le choix d'agir contre le mandataire ou le mandant tenus solidairement. Cependant, Ruhstrat, *op. cit.*, p. 663, et Ueber die römischen Handlungsbevollmächtigten dans *Zeitschrift* de Savigny, x, p. 340, prétend que l'*actio utilis quasi institoria* opère transmission des effets actifs ou passifs du contrat dans la personne du mandant, donnant ainsi un système de représentation analogue à celui du droit moderne. Mais l'opinion contraire prévaut. (C. TARTUFARI, *op. cit.*, p. 31 et suiv. et les auteurs cités.) — Enfin, dans certains cas exceptionnels dans lesquels le prêteur se réservait la *causæ cognitio*, une action utile fut donnée directement au préposant contre le tiers. (L. 18, § 16, D. *de damn. inf.* 39, 2 ; L. 5, D. *de stip. pract.*, 43, 5.)

siècle par nos jurisconsultes coutumiers ⁴¹. Si une personne veut faire un contrat pour autrui, les effets du contrat se produisent d'abord sur sa tête ; elle devra ensuite les transmettre au véritable intéressé. De même qu'aujourd'hui, le commissionnaire doit transmettre à son commettant les droits ou obligations résultant des marchés qu'il a conclus pour son compte.

C'est seulement au XIV^e et au XV^e siècle que, sous l'influence du droit canon ⁴², à la théorie romaine de la non-représentation succéda la théorie de la représentation. Au XVI^e siècle, la doctrine est fixée ⁴³ : le représentant est *nudus minister* ; il n'est plus lié directement envers celui avec lequel il a contracté : « il disparaît comme un échafaudage devenu

11. Cf. Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, 29, 5^e édit. Beugnot, p. 289 : « Si comme Pierres prie à Jehan : « Je voz pri que voz m'acétés le tere Guillaume por mi, et je m'en tenrai à ce que voz en ferés ; en tel cas se Jehan l'acale, Pierres est tenu au paier. Ne porquant li dis Pierres n'est pas obligiés vers Guillaume, car il n'a li nul conrenence ni marcié. » Mais, au XIII^e siècle, on admettait que le tiers avec lequel avait contracté le mandataire avait action directe contre le mandant ; mais il n'y avait pas représentation, puisque le mandataire restait obligé. C'est ce qui résulte d'un autre passage de Beaumanoir, *op. cit.* t. II, ch. 34, §, p. 3. (V. aussi *Li Livres de Jostice et de Plet*, p. 79, § 9, et p. 105, § 5).

12. V. C. 68-6^u de R. J. §. 13. « Potest quis per alium, quod potest facere per ipsum. » — C. 72 *ibid.* « Qui facit per alium, est perinde ac si faciat per ipsum. » — Cf. C. 21 *de prob.* in 6^u, 3, §. — C. 2 *de usuris*, in 6^u, §. 13. — Pour les détails, v. Buchka, *Lehre von der Stellvertretung*, p. 121, 138.

13. Cf. : DONEAU, FABRE, PELEUS, CHARONDAS cités dans BEAUNE, *Les contrats*, p. 424, note 1.

inutile après la construction de l'édifice ¹⁴. »

5. — A l'heure actuelle, malgré les empiétements successifs de la stipulation pour autrui, cette seconde branche des actes faits en faveur d'autrui, la théorie de la représentation a pénétré très avant dans la pratique. Il n'y a pas cependant de notion plus flottante et plus vague que celle de représentation, et il nous faut, au début de cette étude, afin de dissiper toute équivoque, marquer nettement la place qu'elle occupe dans le domaine du droit.

6. — D'abord, la notion de représentation ne se conçoit pas en matière de délits ou quasi-délits civils ¹⁵. Du reste, nos auteurs se placent à un tout autre point de vue pour justifier la responsabilité du préposant à raison des actes illicites de ses préposés ¹⁶.

14. TERRIBLE, *Rapport au Tribunal*. — FENET, XIV, p. 593, 596.

15. Il est évident que la question de représentation ne peut se poser pour les délits en matière pénale. C'est ce qu'indique déjà Beaumanoir : « Noz avons dit que le mandement oblige celi qui le mandement fet envers celi à qui il fet le mandement... Mes ce entendons noz es mandements et es prieres qui sont fetes selonc les bonnes meurs... », *Coutume de Beauvoisis*, édit. Beugnot, ch. 29, n° 7, p. 393. | *Livre de Justice et de Plet*, p. 163, § 5. « Mandement de lède chose est nul. » — Cf. : MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung*, p. 2, n° 2 ; — ZIMMERMANN, *Die Lehre von der Stellvertretenden negotiorum gestio*, p. 15 et note 11.

16. V. : SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, t. II, n°s 1299 et suiv., p. 413 et s. ; — SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, p. 362, note 3 ; — MICHAUD, *Responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, — *Rev. de droit public*, 1893, p. 401 à 429 ; 1896, p. 1-31, 231-283.

La question a été au contraire très discutée en Allemagne, à propos de la responsabilité des personnes morales pour les délits et quasi-délits commis par leurs agents, ou, pour employer l'expression consacrée, à propos de la capacité délictuelle des personnes morales¹⁷. Le nouveau code civil allemand porte la trace de ces controverses ; il admet que la représentation des personnes morales par leurs administrateurs s'étend aux délits commis par ceux-ci : le délit de l'administrateur est considéré comme délit de la collectivité¹⁸. La même théorie est étendue aux fondations : les délits commis par les administrateurs de la fondation sont considérés comme étant délits de fondation¹⁹.

7. — A vrai dire, on ne peut parler de représentation en matière de délits ou quasi-délits civils, et considérer la responsabilité civile, pour le fait d'autrui, comme se rattachant à la notion de représentation au sens exact du mot. En effet, le trait caractéristique de la représentation consiste, nous le verrons, en ce que le représentant qui a agi dans les limites de ses pouvoirs n'encourt aucune responsabilité personnelle, tandis qu'au contraire ici, en matière de responsabilité délict-

17. Voir l'exposé de ces controverses dans Saleilles, *op. cit.*, p. 360 et suiv.

18. Articles 26 et 31, trad. de la Grasserie, p. 7 et 8.

19. Article 86, *cod. loc.*, p. 18.

tuelle, le préposé reste obligé solidairement à côté de son préposant ²⁰. Mais, de plus, le préposant est responsable du délit commis par le préposé, sans qu'il soit besoin que ce dernier ait, vis-à-vis des tiers, manifesté l'intention d'agir pour le préposant ²¹. « Le lien juridique en vertu duquel la responsabilité pour le fait illicite du préposé rejaillit sur la personne du préposant, est de sa nature essentiellement réel et objectif, en tant que ce fait est compris dans les actes accomplis par ordre et pour l'avantage exclusif de l'intéressé ²². » Il est donc inutile de rechercher quelle a été la « condition subjective », c'est-à-dire l'intention du préposé et des tiers, au moment où l'acte illicite a été commis, recherche qui s'impose, au contraire, pour déterminer s'il y a eu ou non représentation.

8. — La représentation est enfin exclue de certains actes juridiques pour lesquels est exigée la présence des parties ²³. En réalité, son domaine « est le droit des biens restreint aux transactions entre vifs ²⁴. » C'est dans la sphère du droit du

20. Cf. Aubry et Rau t. IV. § 298 *ter* p. 23, notes 14 et 16 — TARTUFARI, *op. cit.* p. 6, n° 5. — C. civ. italien, art. 1156. C. civ. allemand, art. 830.

21. L'élément intentionnel est, nous le verrons, le facteur essentiel du rapport de représentation (V. *infra*. Chap. 3.

22. TARTUFARI, *op. cit.*, p. 4.

23. Mariage, contrat de mariage, adoption, reconnaissance d'enfant naturel, testament, adoption.

24. SAVIGNY, *Système*, t. 3, § 113, p. 95.

patrimoine que se manifeste son utilité²⁵, notamment dans cette branche essentiellement vivante du droit : les obligations.

9. — C'est à la représentation en matière d'obligations qu'est limitée cette étude. Mais ici encore, dans cette sphère restreinte, la notion de représentation n'est pas nettement déterminée ; on parle de représentation dans des hypothèses absolument différentes. Un tuteur, un mandataire, un gérant d'affaires, sont des représentants, cela est certain ; mais, en outre, on donne à ce mot un sens large, et l'on désigne sous le nom de représentants tous ceux qui agissent pour le compte d'autrui : représentants, les créanciers qui exercent, en vertu de l'article 1166, les droits de leur débiteur ; représentants, les différents administrateurs des personnes morales ; représentants aussi, ceux dont le rôle consiste simplement à transmettre la volonté d'un autre. Enfin, ce qui est plus curieux, la doctrine française a créé de toutes pièces une théorie de la représentation imparfaite, en matière de solidarité, alors que cette même doctrine n'a édifié nulle part une théorie de la représentation parfaite.

10. — Cette confusion tient uniquement à ce que l'on a envisagé séparément les différentes

25. Cf. CAPITANT, *op. cit.*, p. 306.

applications de la représentation, sans avoir pris soin auparavant de déterminer la nature juridique de la représentation, ses conditions, ses effets. Le but de cette étude est précisément de dégager une théorie de la représentation qui soit une, homogène, applicable à toutes les hypothèses de représentation, quelle que soit leur forme; c'est aussi de fixer exactement les limites de la sphère d'application de la représentation en matière d'obligations.

11. — On dit souvent que les définitions sont les préliminaires nécessaires de toute espèce de sciences; ceci est vrai en particulier pour l'étude des institutions juridiques: avant d'appliquer, il faut définir. Aussi est-ce seulement après avoir étudié, dans la première partie de cette étude, la nature juridique, les conditions et les effets de la représentation, après en avoir donné une définition précise, que, dans la dernière partie, nous chercherons à délimiter son domaine, en signalant notamment les rapports de droit qu'il ne faut pas confondre avec elle.

Il faut en outre remarquer que, si la représentation met en présence trois personnes, le représenté, le représentant et le tiers contractant, le rapport de représentation est uniquement le lien direct qui se forme entre le représenté et le tiers. La théorie de la représentation comporte donc exclusivement l'étude de ce lien direct: il

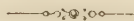
n'y a pas à se préoccuper des rapports internes entre représentant et représenté, rapports qui sont complètement distincts et indépendants du rapport de représentation. Pour nous, la théorie de la représentation est une, quels que soient les rapports qui existent entre représentant et représenté.

C'est en même temps une théorie large, pouvant répondre aux besoins multiples de la pratique. Et le principal reproche que l'on puisse adresser à la doctrine française actuelle, c'est d'avoir de la représentation une conception trop étroite, ne tenant pas suffisamment compte de l'intention des parties, qui doit être souveraine du moment où l'ordre public n'est pas lésé, trop rigide pour pouvoir se plier sous la poussée constante de la vie juridique, trop flottante en même temps et trop incertaine pour pouvoir être aisément maniée par l'interprète.

Le premier chapitre de cette étude sera consacré à montrer les efforts qui ont été faits dans la doctrine moderne pour préciser la théorie de la représentation. L'examen du mouvement doctrinal qui s'est produit en Allemagne est ici nécessaire, étant donné que la théorie de la représentation n'a pas été faite dans notre droit. Aussi bien tâcherons-nous de n'être pas esclaves de ces théories, auxquelles il nous faudra souvent faire appel : il y a, en effet, une théorie française

de la représentation, et, pour la construire, il faut se tenir le plus possible en harmonie constante avec les principes traditionnels de notre droit et les tendances actuelles de la jurisprudence.

PREMIÈRE PARTIE



CHAPITRE I^{er}

DES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS DE LA REPRÉSENTATION DANS LE DROIT MODERNE

On peut réunir en trois groupes les différentes conceptions de la représentation dans le droit moderne. — I. Il y a deux sortes de représentation, parfaite et imparfaite. — II. Il n'y a qu'une seule représentation, la représentation parfaite. — Comment, en Allemagne, on définit la représentation. III. — Conception française de la représentation. — Théorie française de la représentation imparfaite.

12. — Nous avons affirmé que, dans le droit moderne, il n'y a pas de notion plus indécise que la notion de représentation dans les obligations. La doctrine allemande, qui travaille cependant tous les jours à éclaircir cette difficile théorie²⁶,

26. Le premier ouvrage spécial sur la théorie de la représentation est celui de Buchka en 1832. Cet ouvrage est surtout utile à consulter pour l'étude de l'évolution historique de la représentation : *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*. — Savigny, *Le droit des obligations*, t. II, p. 190 et suiv.; — Ruhstrat, *Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung et Zur Lehre von der Stellvertretung*, dans les *Jahrbücher* de Ihering, 1888, p. 433 et suiv.; — Laband, *Die Stellvertretung, bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allg. deutsch Handelsgesetzbuch*, dans la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*; — Curtius, *Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*; — Zimmermann, *Die Stellvertretung negotiorum gestio*; — Hellmann, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*; — Mitteis, *cit. supra*,

est loin d'être parvenue à une conception unique et nette de la représentation ; et il est douteux que les solutions admises par le nouveau code civil allemand — le seul code qui, à l'heure actuelle, traite séparément la théorie de la représentation et ses applications — fasse cesser ces controverses. On peut dire qu'autant il y a d'auteurs ayant écrit sur cette matière, et ils sont nombreux, autant il y a de conceptions différentes ; et c'est jusque dans la langue juridique elle-même que viennent se refléter les difficultés que l'on éprouve à prendre une orientation unique sur la théorie de la représentation ²⁷.

Chez nous, la théorie générale de la représentation n'a pas encore été faite ; elle apparaît seulement de place en place, à travers les nombreuses hypothèses de représentation que l'on rencontre dans le droit civil ²⁸.

13. — Il est possible de ranger dans trois groupes distincts les différentes conceptions actuelles de la représentation. Les uns admettent deux sortes de représentation : la représentation

note 10;—Schlossmann, *Das Besitzerererb durch Dritten nach römischen und heutigen Recht*, et *das Contrahiren mit offener Vollmacht*, et tout récemment, Otto Lenel, *Stellvertretung und Vollmacht*, dans les *Jahrbücher* de Ihering, 1896, p. 1 à 130. La question de la représentation est en outre étudiée dans la plupart des traités. — Voir notamment Windscheid, *Lehrbuch des Pand.*, § 73 et les renvois ; — GOUDSMIT, *op. cit.*, p. 173 et suiv.

27. V. *infra*, 2^e partie, chap. II.

28. V. cependant CASPITANT, *op. cit. supra*.

directe ou immédiate, ou parfaite, et la représentation indirecte, médiate ou imparfaite. D'autres ne reconnaissent qu'une seule représentation, la représentation parfaite. D'autres enfin entendent par représentants tous ceux qui agissent pour le compte d'autrui.

14. — I. On dit²⁹ qu'il y a représentation parfaite lorsque l'acte, étant accompli par le représentant au nom du représenté ou principal, et pour son compte, produit immédiatement ses effets dans le patrimoine de ce dernier comme s'il avait lui-même contracté, le représentant restant complètement en dehors de ce contrat, quant aux droits ou obligations qui en naissent.

Il y a au contraire représentation indirecte ou imparfaite, lorsque le représentant a conclu l'acte, non plus au nom du représenté, mais en son nom propre, comme si, en réalité, il agissait pour son propre compte. Alors les effets se produisent d'abord dans le patrimoine du représentant, qui les transmet ensuite au repré-

29. V., sur cette distinction entre représentation parfaite et imparfaite : Windscheid, *op. cit.*, § 73, p. 190, note 1. — Cet auteur fait une distinction spéciale : après avoir observé que, dans la langue vulgaire, on considère qu'il y a représentation quand une personne est l'organe de la volonté d'une autre, il distingue la représentation quant à la volonté, et la représentation quant à la déclaration de volonté (*Stellvertretung im Willen und Stellvertretung im der Erklärung*). — Arndts-Serafini, *op. cit.*, t. 1^{er}, § 76, p. 258, note 4 ; Mitteis, *op. cit.*, CH. III, § 8, p. 78 et suiv. — Pour la critique de la distinction entre représentation directe et indirecte, DERNBURG, *Pandekten*, I, § 417.

senté³⁰. C'est ainsi que le commissionnaire, le mandataire prête-nom seraient des représentants imparfaits. C'est aussi dans ce sens que l'on dit que le droit romain a connu une théorie de la représentation imparfaite³¹.

15. — II. D'autres auteurs au contraire ne veulent, avec raison, donner le nom de représentation qu'à la représentation parfaite. Il est inexact en effet de parler de représentation, dans le cas où un acte juridique ne fait naître des droits et obligations que dans la personne du représentant. Ces droits et ces obligations ne parviennent dans le patrimoine du représenté que par suite de rapports spéciaux intervenus entre ce dernier et le prétendu représentant. Il n'y a pas là de dérogation aux effets ordinaires du contrat : on est tout simplement en présence d'un contrat comme un autre, dont les effets sont cédés à autrui³².

On ne peut donc parler ici de représentation. Représenter, c'est rendre une personne partie à un contrat, en lui faisant recueillir directement les effets de ce contrat. Mais, si ces effets reposent un seul instant sur la tête de celui qui a agi pour elle, on ne peut plus dire qu'elle a été partie

30. C'est dans le même sens que les auteurs italiens parlent de *rappresentanza impropria*. (TARTUFARI, *op cit.*, p. 6, n° 6.)

31. OSTOLAN, *Institut*, t. III, 12^e édit., p. 314.

32. Cf. : UNGER, *Oesterr. Privatrecht*, II, p. 135, note 22; — LABAND *op. cit.*, X, p. 196 et suiv.; — TARTUFARI, *op. cit.*, p. 8, n. 6.

au contrat. Elle est seulement liée envers son mandataire ; il n'y a pas de lien direct entre elle et le tiers avec lequel le mandataire a traité , c'est-à-dire qu'il n'y a pas représentation. Il n'y a donc qu'une seule représentation, la représentation directe.

16. — De conceptions aussi diverses de la représentation, on ne peut attendre une définition unique de ce rapport de droit ; et, de fait, tous les auteurs, ceux-là même qui semblent se grouper autour d'une idée commune de la représentation, en ont donné des définitions différentes. Tantôt, on relève comme trait caractéristique, l'agissement du représentant au nom du représenté ; tantôt, le représentant est opposé à l'individu qui est seulement l'organe de la volonté d'un autre ; tantôt enfin, l'on met en avant l'intention du représentant d'agir pour le compte d'autrui.

« Représenter, c'est conclure une affaire au lieu et au nom du principal » ³³, ou encore, c'est « entreprendre un acte juridique qui concerne autrui, avec l'intention de lui en attribuer les effets comme s'il l'avait lui-même accompli. » ³⁴.

33. IHÉRING, *Jahrbücher*, I, p. 273 et suiv.

34. SCHEURL, *Kritische Ueberschau*, I, 315. — On peut rapprocher de ces définitions celle de Laband, *op. cit.*, x, p. 183 : « La représentation, dans la conclusion des contrats, consiste en cela que quelqu'un contracte au nom d'un autre avec le même effet que si ce dernier avait lui-même contracté. » ARNDTS, *op. cit.*, § 76, p. 238, note 4 : « Le

D'autres auteurs ³⁵ donnent une définition plus complète : pour représenter, « il faut : 1° qu'il s'agisse d'un acte juridique ; 2° que cet acte juridique soit conclu par le représentant lui-même avec l'intention de se substituer au principal ; 3° que cette substitution au principal dépende de cette intention ».

« Est représentant, dit encore Schliemann ³⁶, celui qui agit au lieu du mandant pour ce qui regarde la conclusion extrinsèque du contrat. Celui qui agit à la place d'un autre seulement en ce qui regarde la déclaration de volonté est un messenger. »

Dans la définition de Scuffert ³⁷, l'opposition entre le représentant et le messenger est encore plus nette : « Le représentant est celui qui, agissant soi-même, est l'opposé du *nuntius*, lequel n'est que l'instrument de déclaration de la volonté d'un autre. »

17. — III. La doctrine française, au contraire, n'a pour ainsi dire pas de définition de la

représentant véritable et proprement dit est seulement celui qui agit au nom du principal », UNGER, *System*, II, § 90, p. 316; « Représenter et accomplir un acte juridique au lieu d'un autre avec l'intention que l'acte produise son effet comme s'il avait été conclu par la personne du représenté.

35. ZIMMERMANN, *op. cit.*, § 1, p. 10.

36. SCHLIEMANN, *Rev. de Goldschmidt*, XVI, 1, 31.

37. Cité par Mitteis, p. 98. Voir aussi BRINZ, *Kritische Blätter*, n. 2, p. 7, et les autres définitions rapportées dans Mitteis, *op. cit.* p. 98 et 99.

représentation ³⁸. Elle prend le mot représentant dans un sens très large : c'est tout individu qui sert d'intermédiaire à un autre. Comme le remarque M. Labbé ³⁹, « trop souvent le mot est pris dans le sens vague d'agir pour le compte d'autrui ». De plus, elle ne dégage pas la notion de représentation de celle de mandat, alors qu'il y a, nous le verrons, entre les deux une distinction qui s'impose.

Et cependant, nous avons annoncé dès le début de cette étude, que cette doctrine, qui n'a pas de théorie de la représentation parfaite, a néanmoins une théorie de la représentation imparfaite. On ne définit pas la représentation parfaite ; on n'en détermine ni les conditions ni les effets, et l'on définit au contraire une représentation dite imparfaite.

18. — L'expression « représentation impar-

38. Le mot représentant est pris dans le sens d'intermédiaire. Voir Capitant, *op. cit.*, p. 303 : « Le représentant n'est qu'un intermédiaire », et plus haut : « Il fait lui-même la déclaration de volonté ; il est partie à l'acte juridique, mais cette déclaration de volonté n'est pas la sienne propre ». Nous démontrerons plus loin (Chap. II.) qu'au contraire le représentant n'est pas un simple intermédiaire, que non seulement il fait lui-même la déclaration de volonté, mais encore qu'il déclare sa volonté propre, qui produit alors représentation, si elle est conforme à celle du représenté.

39. Labbé, appendice IX aux Institutes d'Ortolan, 12^e édition, p. 863. M. Labbé a très bien vu la question de la représentation : « En droit romain, dit-il, aucune expression n'existe pour expliquer ce phénomène d'un acte qui, accompli par une personne, le représentant, produise ses effets juridiques dans une autre personne, le représenté. » — Voir aussi Vignes, *Des rapports de la gestion d'affaires et de la stipulation pour autrui*, p. 272.

faite » a d'ailleurs une signification spéciale, toute différente de celle qui lui est donnée en Allemagne. Cette théorie française a pris naissance dans la matière des obligations solidaires ⁴⁰ : les créanciers et les codébiteurs solidaires sont réputés se représenter mutuellement, en vertu d'un mandat tacite. « La solidarité entre débiteurs, écrit Larombière, repose sur la pensée d'un mandat réciproque et mutuel que les codébiteurs sont censés s'être donné l'un à l'autre pour se représenter dans tout ce qui concerne l'exécution de leur engagement commun... Chaque codébiteur peut rendre meilleure la condition de ses consorts, mais il ne peut la rendre pire par son fait personnel ⁴¹. »

La représentation est donc imparfaite, en ce sens qu'elle peut profiter aux représentés, non leur nuire.

On est bien loin, on le voit, de la théorie allemande de la représentation imparfaite, et l'on songe plutôt à ce qui se passait en droit romain, à une époque où le *paterfamilias* pouvait, par l'intermédiaire de ses fils de famille ou de ses esclaves, acquérir des droits mais non contracter des obligations, rendre sa condition meilleure mais non pire ⁴².

40. V. *infra*. 2^e partie, chap. I, sect. 4.

41. *Théorie et pratique des obligations*, 2^e édition, t. III, p. 389.

42. Il est bien entendu qu'il n'y a, dans ce résultat, qui se produisait .

Du reste, c'est encore cette même idée que le représentant peut faire des actes qui profitent au représenté, mais non des actes qui lui nuisent, que l'on retrouve dans beaucoup d'auteurs à propos des articles 1166 et 1167 du Code civil. Le débiteur, dit-on, représente ses créanciers chirographaires par suite d'un mandat légal, mais il ne conserve cette qualité de représentant légal de ses créanciers que s'il agit dans leur intérêt ; agit-il, au contraire, en fraude de leurs droits, il n'est plus représentant ⁴³.

Cette représentation est d'ailleurs réciproque, c'est-à-dire que, si le débiteur représente ses créanciers chirographaires, inversement ces créanciers représentent leur débiteur ; et la plupart des auteurs disent que le créancier qui use de l'article 1166 est le représentant de ses débiteurs ⁴⁴.

Or, il n'est pas plus exact, nous le verrons, de parler de représentation, au sens exact du mot, sous les articles 1166 et 1167 que de faire intervenir cette idée dans la théorie de la solidarité. Ces inexactitudes résultent de ce qu'on ne définit pas la représentation ; elles

indépendamment de toute volonté chez l'esclave ou le fils de famille, rien de commun avec la notion de représentation. (Voir du reste *supra*, note 10).

43. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Des obligations*, t. 1, p. 457, n° 87.

44. V. notamment : LAROMBIÈRE, *Obligations*, t. 1, p. 677 sur l'art. 1166 ; — DURANTON, *Cours de dr. civ. français*, t. x, n° 543, p. 567.

disparaîtront d'elles-mêmes lorsque nous aurons donné cette définition. Pour y parvenir, il nous faut d'abord déterminer la nature juridique du rapport de représentation^{44 bis}.

44 bis. Il est bien entendu que, par « rapport de représentation », nous designons uniquement le rapport direct entre le tiers contractant et le représenté.

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DE LA REPRÉSENTATION

Le rapport de représentation repose-t-il ou non sur une fiction ?

— Intérêt de la question. — Système de la fiction. — Labbé, Unger. — Système de Windscheid. — Critique de ce système. — Systèmes qui repoussent l'idée de fiction. — Le représentant *nuntius*. — Savigny. — Conception de Hellmann, de Thöl, de Mitteis, de Tartufari. — Solution proposée. — Son application à la représentation dérivant de la loi, — à la représentation dérivant d'un mandat, même d'un mandat spécial — Objections. — Réponse. — Conclusion. — Conséquences pratiques.

19. — La représentation s'analyse-t-elle ou non en une fiction ? Le représentant, lorsqu'il contracte avec un tiers, déclare-t-il réellement sa propre volonté, ou, au contraire, la volonté du représenté ? Est-ce la volonté du représentant qui doit être regardée comme concourant avec la volonté du tiers à créer le rapport de droit qui doit produire directement ses effets dans le patrimoine du représenté ⁴⁵ ?

Ce n'est pas là seulement une pure question

⁴⁵. Cette question est traitée par les auteurs allemands sous le nom de « Construction théorique de la représentation » (*Construction der Stellvertretung*). — V. Mitteis, *op. cit.*, p. 78 à 128, et les auteurs cités. — V. aussi Tartufari, *op. cit.*, p. 479 et suiv.

théorique, et un double intérêt pratique est en jeu.

20.—D'abord, en ce qui concerne la capacité requise chez le représentant et le représenté, si la représentation est une fiction, c'est-à-dire si le représentant est réputé déclarer la volonté du représenté, la conclusion qui s'impose logiquement est d'exiger dans tous les cas du représenté la même capacité que s'il contractait lui-même. Si l'on admet au contraire que le représentant déclare sa volonté propre, et qu'il concourt effectivement à la conclusion du contrat, on doit décider que le représenté peut être un incapable ⁴⁶.

En second lieu, si le contrat a été conclu par le représentant, considéré comme déclarant sa propre volonté, sous l'empire de dol, de violence ou d'erreur, ces vices du consentement seront une cause de nullité du contrat, non seulement quand ils se seront manifestés dans la personne du représenté, mais aussi dans le cas où ils se seront manifestés dans la personne du représentant. Mais comme, au fond, l'effet du contrat se produit dans le patrimoine du représenté, lui seul pourra en demander la nullité.

46. Il est bien entendu certain que, dans le cas où le pouvoir de représenter émane du représenté avant l'exécution du contrat, comme en cas de mandat, le représenté ne peut être un incapable : on ne peut donner à quelqu'un le pouvoir de faire une chose qu'on ne peut accomplir soi-même. (GUILLOUARD. *Du mandat*, n° 53, p. 374.)

L'intérêt pratique de la question étant indiqué, il faut maintenant la résoudre. Comme la plupart des questions qui se posent en matière de représentation, celle-ci est très discutée. Les nombreux systèmes présentent d'ailleurs plus de différence en théorie qu'au point de vue de leurs conséquences pratiques.

21. — Les auteurs se divisent, sur la question de la nature de la représentation, en deux camps bien distincts. Dans un premier groupe de systèmes, on soutient que la représentation est une fiction. Un second groupe rejette absolument l'idée de fiction ; mais, tandis que les uns prétendent que c'est le représenté qui est le véritable contractant, sa volonté étant réellement déclarée au contrat, d'autres soutiennent au contraire que les deux volontés du représentant et du représenté participent à la conclusion du contrat, c'est-à-dire que le représentant fait simultanément une double déclaration de volonté, la déclaration de sa propre volonté et de celle du représenté. Nous démontrerons que, pour avoir un système homogène, c'est-à-dire une représentation qui ait la même nature juridique dans tous les cas, le représentant doit être considéré comme déclarant sa volonté propre et concourant à la formation du contrat.

SECTION I^{re}

La représentation est une fiction.

Bien que partant d'un point de départ identique, les partisans de l'idée de fiction n'arrivent néanmoins pas tous au même résultat : les uns font intervenir cette idée pour en conclure que c'est le représenté qui a contracté ; d'autres, au contraire, font appel à la même idée pour expliquer que le représentant est le véritable contractant.

22. — La première conception indiquée est celle de la doctrine française. Elle se traduit dans la façon dont les différents auteurs définissent le rôle du mandataire : le mandataire est censé avoir agi pour le mandant, et souvent l'on répète cette maxime qui formule exactement l'idée de fiction : *qui mandat, ipse fecisse videtur* ⁴⁷.

« Il faut recourir à une fiction, écrit M. Labbé ⁴⁸,

47. Cf.: TROPLONG, *Du mandat*, p. 565, n° 595 ; — POTHIER, *Du mandat*, n° 87, édit. Bugnet, p. 207 : « le mandant est censé contracter » ; — CAPITANT, *op. cit.*, p. 306 ; — VIGNES, *Des rapports de la gestion d'affaires et de la stipulation pour autrui*, p. 275. — On pourrait croire que la doctrine française transporte ici la définition de l'article 739 C. civ. : « La représentation est une fiction de la loi, etc. » ; les deux situations n'ont en réalité rien de commun.

48. LABBÉ, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 11.

pour dire que celui qui a figuré, consenti dans un acte, n'est pas obligé, alors qu'est obligé quelqu'un qui n'y a pas figuré. » M. Labbé donne en même temps en termes très heureux la formule de la fiction : le représentant est celui qui a « endossé la personnalité du représenté ». On peut continuer l'image et dire que c'est seulement pour la conclusion du contrat que le représentant a revêtu la personnalité du représenté. Une fois le contrat formé, ils'en dépouille : c'est ce qui explique qu'il reste complètement étranger aux conséquences de l'acte à la conclusion duquel il a pris part.

23. — La même solution est adoptée en Allemagne ; elle est défendue notamment par Unger ⁴⁹. « Dans le cas de représentation, écrit-il, l'affaire est conclue par le représentant comme si le représenté l'avait lui-même conclue. L'affaire n'est pas du tout celle du représentant, mais directement et exclusivement celle du principal. Ceci a lieu ainsi par une fiction, l'action juridique du représentant étant considérée comme celle du représenté. » Et il ajoute : « L'acceptation de cette idée de fiction, donne seule, à mon avis, une construction satisfaisante

⁴⁹ UNGER, *System*, II, § 90, p. 316. C'est aussi la conception de Goudsmit, *op. cit.*, § 66, p. 173, et la note 4 dans laquelle l'auteur insiste sur la différence entre le *procurator* et le *nuntius*.

du rapport de droit que fait naître la représentation ⁵⁰. »

24. — Windscheid, qui considère au contraire le représentant comme le véritable contractant, prétend, lui aussi, que c'est le résultat d'une fiction. On n'est pas d'ailleurs peu surpris de voir cet auteur, qui pose très nettement la question de la représentation, donner en termes aussi peu clairs la construction juridique de ce rapport. « Comment, dit-il, ⁵¹ résoudre le problème de la représentation ? Ce n'est pas en disant que la déclaration du représentant est la déclaration du représenté : la déclaration faite par A est, en effet, celle de A et non celle de B. Ce n'est pas davantage en considérant qu'au point de vue juridique, la déclaration du représentant est celle du représenté ; car l'acte de A ne peut être envisagé comme l'acte de B, pas plus qu'en réalité il n'est l'acte de B. On doit donc dire que l'on considère comme étant la déclaration de volonté du représenté, *par une fiction*, non pas la déclaration de volonté du représentant, mais une déclaration de volonté comme celle du repré-

50. Dans le même sens, voir Wächter, *Württ. Privatr.* II, p. 676. BUCHKA, *op. cit.*, p. 206 « La caractéristique de la représentation du principal par le *procurator*, dit-il, consiste en ce que l'effet du contrat en vertu d'une fiction de droit, se produit dans la personne du principal. » Cf. LABAND, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, X, p. 183.

51. WINDSCHEID, *op. cit.*, § 73, p. 194, note 16 b.

sentant ; non pas seulement une déclaration de volonté ayant même objet, mais encore une déclaration de volonté contenant toutes les particularités qu'elle reçoit de la situation interne du représentant, un morceau de vie psychique, identique à celui qui a existé chez le représentant quand il a fait la déclaration de volonté. »

25. — Il faut, selon nous, rejeter toute intervention de l'idée de fiction. On ne donne pas en effet, de cette façon, une construction théorique de la représentation qui soit une. Comment en effet soutenir que, dans les cas de représentation dérivant de la loi, la volonté du représentant peut être réputée celle du représenté, puisque le représentant est là pour suppléer au défaut de volonté plus ou moins grand du représenté ? Comment, dans l'hypothèse d'une gestion d'affaires, prétendre que le gérant est censé déclarer une volonté qui n'existe pas au moment où il contracte avec un tiers ? Enfin, même dans le cas où la représentation dérive d'un mandat, c'est-à-dire de la volonté du représenté, ce représenté n'est pas censé avoir voulu ; car il a manifesté réellement une volonté conforme à celle du représentant.

Il n'y a donc pas à parler de fiction, ni dans un cas ni dans l'autre, mais seulement à déterminer quelle est, de ces deux volontés réellement

manifestées, celle qui a concouru avec la volonté du tiers contractant.

En recourant à l'idée de fiction, on n'explique en aucune façon l'effet exclusif et immédiat produit par l'acte dans la personne du représenté : on ne fait autre chose qu'exprimer d'une façon différente le résultat du rapport dont on recherche la nature juridique et formuler autrement le problème.

SECTION II

La représentation n'est pas une fiction

§ 1^{er}

LA VOLONTÉ DU REPRÉSENTÉ CONCOURT RÉELLEMENT A LA FORMATION DU CONTRAT

26. — Un premier système soutient que c'est le représenté qui est le véritable contractant : c'est sa volonté qui est réellement déclarée par le représentant, au moment où ce dernier traite avec le tiers.

Cette conception est celle de Savigny ⁵² : il voit dans le représentant un simple messenger, le « porteur de la volonté du représenté ». « Il

52. SAVIGNY, *Obligations*, II, § 57, p. 204 et suiv. La doctrine française arrive au même résultat que Savigny, à savoir que le représentant est un intermédiaire, une personne qui déclare la volonté du représenté, mais en recourant à l'idée de fiction.

importe peu du reste que le représentant porte à l'autre partie ma résolution unique, ou qu'au contraire, de plusieurs résolutions par moi autorisées, il en choisisse une librement et spontanément. Il importe donc peu que le représentant apparaisse dans le contrat avec plus ou moins d'initiative ; dans tous les cas, c'est moi qui, par ma volonté, conclus la convention, et le représentant est simplement le porteur de ma volonté.»

Ainsi donc Savigny ne fait aucune distinction ; que le mandat soit général ou spécial, c'est toujours la volonté du représenté qui est réellement manifestée ⁵³.

27. D'autres auteurs ⁵⁴, qui repoussent l'assimilation de Savigny entre le *nuntius* et le représentant, arrivent cependant à la même solution. Il y aurait contradiction, disent-ils, dans le cas spécial de mandat, à déclarer que c'est seulement la déclaration du mandataire qui rend efficace la représentation. Tout au contraire, la déclaration du représentant serait absolument inefficace sans une déclaration formelle du représenté, ce qui prouve bien que c'est cette déclaration

53. En montrant plus loin (*infra*, 2^e partie, chapit. 1, section 4) qu'il ne faut pas confondre le représentant et le messenger, nous réfuterons par là même la théorie de Savigny.

54. Voir: Hellmann, *op. cit.*, p. 16 ; — CANSTEIN, *Vollmacht und Auftrag*, dans la revue de Grünhut, III, p. 670 et suiv. ; — SCHEURL *Kritische Ueberschau*, I, p. 332 et suiv. ; — RUCHSTRAT, *Ueber die Savigny's Lehre von der Stellvertretung*, p. 42 et suiv.

qui seule crée le rapport de représentation.

C'est de cette déclaration de volonté que dépend le résultat du contrat passé par le tiers avec le représentant : ce dernier n'est, à proprement parler, qu'un *moyen pour le représenté de faire connaître sa volonté*, et c'est ce qui explique qu'il reste complètement en dehors des effets de l'acte à la conclusion duquel il a participé.

Ces différents systèmes soulèvent une objection capitale : ils sont inapplicables lorsque la représentation n'a pas lieu en vertu d'un mandat. La nuance entre leur conception et celle de Savigny n'est pas, du reste, aussi marquée qu'ils le croient, puisqu'ils disent eux-mêmes que le représentant est un *moyen* pour le représenté de faire connaître *sa* volonté. Or, c'est se mettre en contradiction avec les faits et avec l'intention des parties que de regarder le représentant comme ne jouant pas d'autre rôle que celui de prêter une coopération purement matérielle, dépourvue de toute valeur juridique.

Que la déclaration de volonté du représenté soit décisive dans le cas d'un mandat spécial, cela peut à la rigueur ⁵⁵ se soutenir ; mais il en est tout autrement lorsqu'ils s'agit d'un mandat

55. Nous démontrerons (nos 36-39) que, même dans ce cas, le mandataire déclare sa volonté propre.

général qui s'étend à toute une catégorie d'affaires ou à l'administration de tout un patrimoine. Dans ce cas, le représenté ne peut avoir l'intention de se trouver obligé par une déclaration de volonté qu'il n'a pas faite ; et, en fait, c'est bien la déclaration de volonté du représentant, et non celle du représenté, qui a le rôle capital dans la création du rapport de représentation ⁵⁶.

28. — On peut rapprocher des différents systèmes qui viennent d'être exposés, comme aboutissant à la même conclusion, mais par une voie différente, le système de Thöl ⁵⁷.

Pour cet auteur, il y a une déclaration de volonté du représenté et du représentant. La déclaration du représentant est la première ;

56. Le système de la réalité de la déclaration du représenté repose, ajoute Tartufari, *op. cit.*, n° 432, p. 185 et note 1, « sur une équivoque, en ce que l'on confond l'efficacité du contrat et la perfection du lien contractuel avec la détermination précise de son objet... Dans le cas d'un préposé, par exemple, devra-t-on avoir égard, pour tout contrat par lui conclu, à la connaissance ou à l'ignorance, à la bonne ou mauvaise foi du préposant, lequel n'a pris effectivement aucune part à sa conclusion ? Et, s'il a ignoré les défauts ou vices de la chose achetée pour lui par le préposé, qui au contraire les connaissait, lui donnera-t-on contre les tiers l'action *redhibitoria* ou *quantum minoris* ? Ce seraient là les conséquences logiques de ce système, conséquences que ses partisans même n'ont pas voulu admettre. » V. en effet : HELLMANN, *op. cit.*, p. 157 et suiv. ; — DERNBURG, *Pandekten*, I, § 117, note 8.

57. Cité par Tartufari, *op. cit.*, n° 436. On peut rapprocher encore de ces différents systèmes celui de Shaps (Revue de Goldschmidt, t. 43, 1894, p. 428), d'après lequel le représenté a suffisamment manifesté sa volonté de contracter dans l'acte conférant le mandat pour que, au moment où le représentant contracte, en puisse dire que c'est la seule volonté du représenté qui agit.

elle est le fondement de la déclaration de volonté du représenté et la fait naître, de sorte que les droits et les obligations du représenté reposent, non pas sur un contrat unique, mais en réalité sur deux contrats passés avec le tiers. « Le représentant a conclu avec le tiers un contrat avec indication de la déclaration de volonté du représenté, et le représenté a conclu un contrat avec le tiers en vertu de cette indication. Du contrat originaire du représentant naît un contrat fait par le représenté, lequel veut pour lui les droits et obligations résultant du premier contrat. » « Le tiers a donc en réalité deux contractants : le représentant a contracté, mais pour le représenté, et le représenté a contracté au moyen du représentant. »

Cette affirmation de deux contrats passés par le tiers soulève de nombreuses objections. Elle est d'abord la négation de la notion même de représentation, qui consiste essentiellement dans la possibilité pour un même et unique contrat de se dédoubler, en ce sens qu'émanant d'une personne, ses effets se réalisent dans une autre ⁵⁸.

58. V. la critique de la théorie de Thöl dans Hellmann, *op. cit.*, p. 30 et suiv.; TARTUFARI, *op. cit.*, n° 436, p. 490-491 et les renvois. « En réalité, écrit cet auteur, le contrat est unique, soit quant au moment de sa perfection, soit quant à son objet, soit enfin et surtout quant aux parties entre lesquelles se forme le lien contractuel, c'est-à-dire entre le représenté et le tiers. Quant au représentant aucun lien

C'est en outre se mettre en contradiction manifeste avec l'intention du représentant, du représenté ou du tiers. Que veulent ces trois personnes ? Évidemment, donner vie à un seul contrat, non à deux contrats séparés et distincts ; leur volonté est de concentrer le résultat d'un même acte sur une seule personne, le représenté. Or, l'intention des parties est, nous le verrons, le pivot de la théorie de la représentation, et cela, aussi bien pour en déterminer la nature juridique que pour en fixer les conditions et les effets.

L'idée de deux contrats ne donne donc pas une solution du problème soulevé par la représentation ; c'est une affirmation qui ne prouve rien. Et, quand on vient dire que « le représentant a contracté pour le représenté, et le représenté par l'intermédiaire du représentant », on a constaté une fois de plus la représentation, on en pas défini la valeur juridique.

§ 2

LA VOLONTÉ DU REPRÉSENTÉ ET CELLE DU REPRÉSENTANT PARTICIPENT RÉELLEMENT TOUTES DEUX À LA FORMATION DU RAPPORT DE REPRÉSENTATION.

29. — Cette idée que le représentant et

de cette nature n'existe, et sa responsabilité est fondée, non sur un prétendu lien contractuel auquel il serait soumis, mais uniquement sur une garantie que la loi lui impose malgré lui,

le représenté prennent part tous les deux à la création du rapport de représentation, a frappé d'autres auteurs qui, tout en se refusant à admettre que le tiers a deux contractants, soutiennent qu'il est faux de considérer comme véritable contractant, soit le représentant, soit le représenté. En réalité, ils participent tous les deux à la formation du contrat.

La formule de ce système a été donnée par Mitteis ⁵⁹ : « Dans les actes juridiques conclus au moyen d'un représentant, dit-il, ni le représentant ni le représenté ne peuvent être regardés comme agissant seuls. Chacun d'eux au contraire agit : c'est la volonté concrète de chacun qui est la cause juridique déterminante de la déclaration, qui est exprimée et manifestée dans cette déclaration. Aussi, l'acte juridique résulte de la volonté réunie du représentant et du représenté ; et, pour apprécier sa validité et son efficacité, il faut se reporter à chacune de ces deux volontés. »

Mais on fait une restriction à ce principe en ce qui concerne l'effet de la déclaration au regard des tiers : il ne faut pas qu'ils soient dupes des apparences. Le représentant peut en effet, dans la conclusion d'un acte juridique, apparaître aux tiers, soit comme agissant par sa propre volonté,

⁵⁹. MITTEIS, *op. cit.*, § 13, p. 109-126

soit comme étant le simple porte-parole ou *nuntius* du représenté. Mais il se peut que cette façon extérieure de se comporter ne corresponde pas à la réalité des faits : le représentant peut sembler agir de sa propre initiative, alors qu'il n'a en réalité rien voulu, ou au contraire paraître agir comme un porte-parole, quand le représenté s'en est remis à lui pour la déclaration de volonté. Or, dans les actes juridiques bilatéraux, c'est un principe que les tiers doivent croire que la volonté existe réellement telle qu'elle leur est déclarée ⁶⁰.

Par suite, on ne doit pas permettre, soit au représentant, soit au représenté, de résoudre ensuite le contrat au préjudice de ceux avec lesquels le contrat a été conclu, alors que les apparences ne correspondent pas à la réalité, et que cela préjudicie aux droits légitimement acquis par des tiers.

Puis l'auteur fait l'application de ces prémisses aux deux hypothèses contraires qui peuvent se présenter : d'abord, au cas dans lequel le représentant a paru se comporter comme

60. V. aussi ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 23-24. « Cela ne peut se présenter, dit Mitteis, que dans l'une ou l'autre des deux hypothèses suivantes : ou bien quand, en se fondant sur la volonté apparente, on fait assumer au représenté des obligations qui ne correspondent pas à sa volonté réelle ; ou lorsque, par suite de l'interprétation de la façon dont s'est comporté le représentant, le représenté n'a pas acquis envers les tiers certains droits qu'il voulait au contraire acquérir. »

agissant de sa propre initiative, alors qu'en fait il avait reçu un mandat spécial ; puis à l'hypothèse inverse, dans laquelle le représentant, agissant effectivement pour lui-même, est considéré par les tiers comme un simple messenger.

Examinant le premier cas, Mitteis suppose un représentant qui a reçu du représenté mandat d'acheter le cheval x . Si alors le représentant connaissait les vices cachés du cheval qu'il a acheté, et que le représenté les ignorât, on ne peut douter de la possibilité pour celui-ci d'exercer l'action *redhibitoria*. Mais, si le représentant s'est comporté comme agissant pour lui-même, le tiers, c'est-à-dire le vendeur, pourra valablement répondre qu'il avait des raisons de croire, au moment du contrat, qu'il ne serait pas tenu des vices cachés, et que la déclaration faite ensuite par le représenté ne le regarde en aucune façon.

Si, à l'inverse, le représentant s'est trompé, et a acheté le cheval y au lieu de x , tout en déclarant la volonté du représenté, le contrat sera valable dans toutes ses parties, puisqu'il répond à la volonté commune du représentant et du représenté, et qu'en outre le tiers n'en souffre pas.

Le représentant a-t-il, au contraire, paru se comporter comme un messenger, alors qu'en réalité il a déclaré sa propre volonté, il faut poser

comme règle que le tiers a le droit de considérer la déclaration de volonté qui a concouru à la formation du contrat comme émanant du représentant, et qu'il peut lui attribuer cette déclaration telle qu'elle semble avoir été faite par le représentant. Par exemple ⁶¹, le représentant a été autorisé à acheter le cheval x ou le cheval y ; il déclare par erreur x au lieu de y : le contrat est valable, puisque le principal voulait éventuellement acheter x , et que, au regard des tiers, c'est lui qui a réellement déclaré x . Mais, si le représentant a donné pour x les 200 fr. qu'il voulait bien donner pour y , mais non pour x , on ne peut, ici même, voir autre chose qu'une autorisation qui lui a été éventuellement accordée de donner pour x aussi 200 fr. Et, dans ce cas, le tiers ayant le droit d'apprécier les effets de la déclaration du représentant comme étant celle du représenté, l'erreur du représentant ne pourra pas lui être opposée ⁶².

30.—Ces conséquences n'ont pas été admises par Tartufari ⁶³, qui accepte cependant le principe posé par Mitteis, mais s'en écarte sur les

61. MITTEIS, *op. cit.*, p. 126.

62. V. la critique des conséquences que tire Mitteis de son système, dans Tartufari, *op. cit.* n° 440, p. 495-496.

63. TARTUFARI, *op. cit.* p. 494 et 495, nos 439 et 440: « A y regarder de près, dit-il, la théorie de Mitteis aboutit à substituer, dans une foule de cas, à la volonté réelle une volonté qui non seulement n'existe pas, mais qu'on ne peut même pas présumer. » (*Addé* p. 440, n° 496.)

applications. Voyons les points saillants de ce système.

Tartufari part de cette idée que la représentation qui a sa source dans la loi et celle qui a sa source dans la volonté du représenté ont une construction juridique différente.

Pour la première, l'effet immédiat du contrat, dans la personne du représenté, est le résultat et le produit simultané de deux volontés privées et de la loi : d'une part, cet effet est voulu par le représentant et le tiers ayant une même intention, et d'autre part, la loi, complétant cet accord, vient créer le lien juridique nécessaire pour que l'effet de la représentation se produise⁶⁴.

Si la représentation a sa source dans la volonté du représenté, c'est-à-dire dans un mandat, la même explication n'est plus possible. Il faut d'abord, dit-il, bien poser la question. « Lorsqu'on demande, dans le contrat, lequel est le véritable contractant ⁶⁵, le problème est mal posé ; en effet, il faut avant tout bien définir ce que l'on entend par contractant. Si ce nom veut indiquer celui qui doit recueillir et recueille réellement les effets du contrat, le contractant ne peut sans aucun doute être que le représenté.

64. *op. cit.*, nos 423-429 — Les conséquences pratiques qui en résultent, c'est qu'en ce qui concerne la violence, l'erreur ou le dol, la bonne ou la mauvaise foi, c'est le représentant qu'il faut considérer.

65. *op. cit.*, n 444, p. 496.

Si au contraire on entend par contractant celui qui donne vie au contrat, c'est-à-dire sur la volonté duquel le contrat repose, on ne peut alors affirmer d'une façon absolue lequel, du représenté ou du représentant, est le contractant : ce qui est vrai, c'est qu'en fait, ils y coopèrent tous les deux ⁶⁶.

Mais dans quelle mesure cette coopération se produit-elle ? Il faut distinguer suivant que le représentant a reçu le pouvoir de représenter ou non.

La première hypothèse peut se présenter sous trois aspects différents : ou le représentant agit en vertu d'un mandat général, ou il a un mandat spécial et bien délimité, ou enfin, comme hypothèse intermédiaire, le pouvoir de représenter peut n'avoir été déterminé que sur certains points.

Dans le premier cas, le contrat est tout entier créé par la volonté du représentant, et le représenté ne veut pas autre chose que prendre ce contrat tel qu'il a été conclu par le représentant ⁶⁷.

66. C'est à peu de chose près la formule de Thöl, avec cette différence qu'il ne considère pas, comme ce dernier, que le tiers passe en réalité deux contrats, l'un avec le représenté, l'autre avec le représentant. Il n'y a qu'un même contrat, mais dont l'une des parties se dédouble.

67. *op. cit.*, n° 442 : Il contratto, sia quanto ai suoi elementi essenziali, sia quanto alle sue determinazioni accessorie, è integralmente posto in essere dalla volontà del rappresentante ; e quella delle rappresentato, ben lungi dallo avere l'efficacia e il valore di una

Le mandat est-il, au contraire, spécial et rigoureusement déterminé dans toutes ses parties, le représentant n'ayant aucune latitude pour agir à son choix et à sa guise, le contrat doit en réalité son existence à la volonté du représenté, « et l'office du représentant, dépouillé et privé de toute influence directe, se réduit en substance à faire part aux tiers de cette déclaration de volonté » ⁶⁸.

Enfin, si le représentant n'a reçu d'indications déterminées que sur certains points, ayant pour le reste toute latitude, les deux volontés du représentant et du représenté exercent chacune leur influence sur la naissance du contrat.

La même distinction s'applique d'ailleurs au cas où un acte de ⁶⁹ gestion d'affaires est ratifié plus ou moins complètement par le maître.

L'auteur arrive alors à cette conclusion ⁷⁰ qu'il est logique et nécessaire, dans les cas de mandat ou de ratification, de rechercher la part que chacune des deux volontés du représentant ou

volonta concreta che in qualche guisa vi influisca, non ha per contenuto e per scopo che l'appropriazione incondizionata del contratto, tel quale fu dal rappresentante concluso.

68. V. *infra* la critique de cette conception, qui consiste à faire du mandataire spécial un simple intermédiaire déclarant la volonté du mandant (n° 36).

69. *Op. cit.*, p. 499.

70. *Op. cit.*, p. 499, n° 444.

du représenté a prise effectivement sur la conclusion et la perfection du lien contractuel. »

Tartufari résume enfin sa théorie dans les propositions suivantes ⁷¹ :

« a) Dans la représentation dérivant de la volonté du représenté, le lien contractuel se fonde en même temps sur la volonté de ce dernier et sur celle du représentant, tous deux coopérant, bien que dans une mesure différente, à produire l'effet de la représentation.

b) Les deux volontés résultent de deux déclarations distinctes, l'une du représentant, l'autre du représenté. La première a lieu dans la conclusion du contrat, et directement au regard du tiers ; la seconde au contraire a lieu dans l'acte antérieur conférant le mandat, ou dans l'acte postérieur de ratification.

c) Ces déclarations de volonté sont toutes les deux soumises aux règles ordinaires du droit, et aussi elles doivent être toutes les deux sérieuses, conscientes et libres..... »

d) Dans l'appréciation juridique du contrat, on doit considérer les deux volontés, afin de voir le rôle que chacune d'elles a effectivement joué dans la conclusion du contrat.

e) Dans le cas où la déclaration de volonté du représenté est faite directement au tiers,

71. *Op. cit.*, n° 449, p. 502-504.

celui-ci, s'il est de bonne foi, peut invoquer la volonté effective qui résulte de la déclaration, encore qu'elle ne soit pas la même dans les rapports internes entre mandataire et mandant⁷².

Enfin, l'auteur aboutit à la formule suivante :

« On peut poser en règle, quelle que soit l'étendue du mandat, que c'est la commune intention du représentant et du tiers qui est décisive, toutes les fois que le résultat n'excède pas les pouvoirs dont le représentant a été investi ; mais, s'il s'agit d'un mandat spécial ou mixte qui ait été porté à la connaissance du tiers, c'est l'intention du représenté qu'il faut rechercher, tout en la limitant à la partie du contrat sur laquelle elle a eu une influence réelle et immédiate⁷³. »

§ 3

LA REPRÉSENTATION S'ANALYSE DANS LA SUBSTITUTION RÉELLE
ET COMPLÈTE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DU REPRÉSENTANT
A CELLE DU REPRÉSENTÉ.

31. — Nous rejetons absolument tous ces systèmes : les uns ne peuvent s'appliquer dans

72. Ces principes sont ensuite appliqués par Tartufari au cas de dol, d'erreur ou de violence. (N^{os} 450 et suiv.) Ainsi, la violence est une cause de nullité, qu'elle soit exercée sur le représentant ou sur le représenté, et qu'il s'agisse du mandat général ou spécial ou d'une ratification. — *Contra* : HELLMANN, *op. cit.*, p. 163. — V. aussi, sur ce point, WINDSCHEID, § 73 et note 21, sur l. 34, § 1. D., de *acq. vel amitt. poss.*, 41, 2.

73. Cf. WÄCHTER, cité par Tartufari, *op. cit.*, p. 510, n^o 2.

toutes les hypothèses de représentation ; les autres méconnaissent ou oublient la façon exacte dont se pose la question de représentation en matière d'obligations ; tous négligent, pour rechercher la nature juridique de la représentation, de la rapprocher de l'idée d'obligation, à laquelle elle est pourtant intimement liée.

La formule à laquelle nous nous arrêtons est la suivante : la représentation s'analyse juridiquement dans la substitution réelle et complète de la personnalité du représentant à celle du représenté ; en d'autres termes, c'est la volonté du représentant se substituant à celle du représenté qui participe directement et réellement à la formation du contrat, qui produira ses effets dans le patrimoine du représenté ⁷⁴.

Cette conception est seule conforme à la notion exacte de l'obligation ; c'est elle aussi qui se dégage de toutes les hypothèses de représentation, quelle que soit leur source.

I. D'abord, la formule que nous avons posée est dictée par la notion même de l'obligation. C'est seulement en éclairant la représentation

74. Telle semble être la conception de Ihering, lorsqu'il dit : « Le principe de la représentation n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet de l'acte » : la cause, c'est-à-dire la volonté qui crée le contrat, « concerne le représentant » ; l'effet « concerne le représenté. » On ne peut exprimer en termes plus nets cette idée que, dans la représentation, le représentant déclare sa volonté propre, concourt à former le contrat, et que le représenté en subit seulement l'effet. — V. *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 172.

par l'idée d'obligation qu'on peut tout expliquer, sans recourir à une idée de fiction qui, au fond, ne prouve rien.

Qu'est-ce en effet qu'une obligation ? Un lien entre deux personnes ? Oui, mais aussi et surtout un lien entre deux patrimoines. En réalité, c'est un patrimoine qui doit une prestation à un autre patrimoine ; la personne n'est que l'organe du patrimoine ⁷⁵. Qu'est-ce à dire, sinon que tout patrimoine peut se trouver engagé par un autre que son organe normal, et que je puis mettre ma volonté au service d'un autre patrimoine sans engager le mien ? C'est là tout simplement ce que fait le représentant.

Que fait Primus quand il achète A à Tertius ? Il engage son patrimoine. Or, que fait Primus quand il achète A à Tertius pour le compte de Secundus ? Il lie le patrimoine de Secundus. On est donc toujours dans la notion de l'obligation ; et cette circonstance que, comme le dit Ihering, « la cause, c'est-à-dire l'action, et l'effet, c'est-à-dire le droit », ne sont pas réunis en une même personne, n'altère en rien l'essence même de

75. Cf. POLACCO, *Della dazione in pagamento*, t. 1, p. 148: « Nelle obbligazioni, meglio che una volontà vincolata ad un'altra, si ha un vincolo fra due patrimoni considerati come personalità astratte. E un determinato patrimonio, che deva una certa prestazione ad un determinato altro patrimonio, e le persone, fra cui apparisce sorgere il vincolo, non sono che gli organi, i rappresentanti, altrimenti surrogabili, delle rispettive personalità patrimoniali. »

l'obligation. Bien plus, c'est l'idée même d'obligation qui permet la représentation, et explique sa nature juridique.

32.—L'histoire du droit est là pour le prouver: elle nous montre qu'une législation admet ou non la représentation suivant la conception qu'elle se fait de l'obligation ⁷⁶.

Telle la législation romaine: elle n'a pas admis la représentation. Pourquoi? Est-ce parce que les Romains n'éprouvaient pas le besoin de multiplier leur activité juridique? Non certes; c'est parce que la représentation était incompatible avec l'essence de l'obligation. Les jurisconsultes romains considéraient que la représentation était à la fois constituée par la personne qui doit la fournir et par son objet. Le patrimoine était inséparable de la personne; à tout changement dans le sujet actif ou passif de l'obligation correspondait une modification dans l'obligation tout entière ⁷⁷. C'est pour cela que le droit romain n'a pas admis le transport des obligations, et c'est pour cela aussi qu'il n'a pas adopté le principe de la représentation. Notre droit, après une évolution très longue ⁷⁸, a admis le transport des créances: cela prouve que

76. V. IHERING *op. cit.*, T. IV., p. 172 et 309 et *supra*, v. Introduction. — PUCHTA, *Pandekten*, §§ 273 et 280.

77. SALEILLES, *De la cession de dettes*. (*Annales de droit commercial* 1890.)

78 Voir SALEILLES. *Théorie de l'obligation*, p. 61 et suiv.

l'on a abandonné peu à peu l'idée romaine de l'obligation, et que la définition de l'article 1101 du Code civil n'est plus qu'un écho lointain du droit romain.

33. — II. Nous avons ajouté que le système que nous proposons se dégage de toutes les hypothèses de représentation et leur est commun. Que la représentation ait sa source dans la loi, dans la volonté du représenté ou dans celle du représentant, elle s'analyse toujours dans la substitution de la personnalité du représentant à celle du représenté, dans le but de conclure un contrat qui produira ses effets dans le patrimoine de ce dernier.

34. — Prenons un représentant ayant reçu de la loi son pouvoir de représenter, un tuteur, par exemple : c'est sa volonté, substituée par injonction légale à celle du mineur, qui entre en concours avec celle du tiers pour former le contrat dont les effets se produiront dans le patrimoine du mineur.

Il en est encore de même dans le cas de gestion d'affaires : c'est le gérant qui a volontairement substitué sa personnalité juridique à celle du maître. C'est lui qui veut au contrat, et, lorsque le maître vient ratifier, il prend pour lui un contrat conclu par la volonté du gérant, qu'il déclare avoir été conforme à la sienne.

35. — Enfin, la solution est la même dans le

cas de mandat. Si le mandat est général, cela est certain : je donne à un mandataire tous pouvoirs pour vendre mes biens aux conditions qu'il voudra ; lorsqu'il vend, c'est sa volonté propre qu'il déclare. Et, si le mandant est obligé, c'est parce que, par sa procuration générale, il a déclaré que, dans tous les cas, sa volonté serait conforme à celle déclarée par le mandataire.

36.— Mais en outre, dans le cas d'un mandat spécial ⁷⁹, aussi étroit qu'on veuille le supposer, il est encore exact de dire que le mandataire déclare sa volonté propre. Nous ne disons pas, bien entendu, que c'est la volonté du mandataire qui crée seule le rapport de représentation entre le mandant et le tiers : ce rapport ne sera créé que si cette volonté est conforme à celle du mandant et à celle du tiers ; le rapport de représentation est en effet le résultat des trois volontés du représentant, du représenté et du tiers. Ces trois volontés ont une part dans la formation de ce rapport ; mais il serait aussi erroné de prétendre que le mandataire ne fait que transmettre la volonté du mandant, et n'a aucun rôle dans la formation de ce rapport, que de soutenir que la volonté du mandant n'y joue aucun rôle. Ils y participent tous deux : le

⁷⁹. Tartufari, qui adopte la même solution que nous pour le mandat général, ne l'admet pas au cas de mandat spécial. (V. *supra*.)

mandant en donnant pouvoir au mandataire de contracter ; le mandataire, en déclarant une volonté propre conforme au pouvoir qui lui a été donné. Mais ce n'est ni la volonté du mandant ni à la fois sa volonté et celle du mandant qu'il déclare, c'est sa volonté propre.

On pourrait croire que c'est là une pure question de mots : non ; si le mandataire déclare la volonté du mandant, c'est un simple messager ; comme un messenger, il ne contracte pas, il ne représente pas. Si au contraire il déclare sa volonté propre, il devra être capable de vouloir, il représente, il contracte. Il contracte, mais avec l'intention, partagée par le tiers, que l'acte produise uniquement et directement ses effets dans le patrimoine du mandant.

Qu'est-ce que contracter ? C'est concourir par sa volonté à la formation d'un contrat ; donc, si nous démontrons que le mandataire contracte, nous prouvons par là même qu'il manifeste une volonté propre.

Or, le mandataire contracte : ce n'est pas une conception neuve, c'est une conception traditionnelle.

D'abord, c'est la conception des rédacteurs du Code civil ; l'article 1998 dit en effet : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements *contractés* par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. » Il n'y a pas à cri-

tiquer⁸⁰ ces expressions « engagements *contractés* », car ils traduisent exactement la pensée de ceux qui ont rédigé l'art. 1998.

Il suffit pour le prouver d'éclairer ce texte par les principes admis par Pothier sur le mandat. Si on peut soupçonner les rédacteurs du Code de n'avoir pas toujours employé des expressions exactes, il n'en est pas de même pour Pothier : dans ses ouvrages tous les mots portent et ont un sens voulu. Or, il dit que le mandataire *contracte*⁸¹ ; c'est une expression qui revient à chaque fois qu'il parle du mandataire.

Et cette expression est exacte, parce qu'elle ne fait qu'exprimer un principe traditionnel : en droit romain, en effet, le mandataire *contracte*. Ceci n'a pas besoin d'être démontré : le mandataire *contracte*, puisque c'est dans son patrimoine que se produisent directement les effets du contrat qu'il a conclu pour son mandant⁸² ; il *contracte*, donc il déclare sa volonté propre.

Quelle était la situation du mandant en droit romain ? Il recueillait les effets d'un contrat conclu par le mandataire, mais indirectement ; c'est pour cela que l'on dit que le mandant n'é-

80. M. Guillaud, *Mandat*, n° 184, p. 493, critique ces expressions.
— V. aussi Laurent, *Droit civil*, t. xxviii, n° 50.

81. V. notamment Pothier, *Mandat*, édit. Bugnet, p. 207. Dans cette page, Pothier répète plusieurs fois que le mandataire *contracte*.

82. V. *supra*, note 10, et ACCARIAS, *Droit romain*, II, p. 367, n° 631-2°.

taut pas représenté. Aujourd'hui, quelle est sa situation ? Il recueille les effets du contrat conclu par le mandataire, mais directement : c'est la seule différence au point de vue qui nous occupe, et, d'un autre côté, la situation est la même. En droit romain, le rôle du mandant se bornait à donner aux tiers le pouvoir de contracter pour lui ; il en est encore de même dans le droit moderne. C'est l'article 1984 lui-même qui le dit : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le *pouvoir de faire quelque chose* pour le mandant et en son nom ⁸³ », quelque chose, c'est-à-dire un contrat ; le dernier alinéa de l'article le dit. « Le mandat, dit M. Guillouard, donne au mandataire le *pouvoir d'accomplir* un acte ou une série d'actes pour le compte du mandant ⁸⁴. Le mandataire accomplit donc un acte juridique ; si cet acte juridique est un contrat, il *accomplit* un contrat. Or, qu'est-ce qu'accomplir un contrat ? C'est, par sa volonté, concourir à la formation du contrat. On ne dit pas d'un messenger, pas plus que d'une lettre, qu'ils accomplissent un contrat, et avec raison, puisqu'ils ne déclarent pas leur

83. Le mandat contient deux choses distinctes et indépendantes (v. *infra*, 2^e partie, chap. II), d'abord le contrat conclu entre mandant et mandataire, et en outre le pouvoir de représenter, la procuration. — Cette distinction est du reste soigneusement faite par les auteurs. V. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 7 ; — TROPLONG, *op. cit.* sur l'art. 1984.

84. *Op. cit.*, n° 8.

volonté propre. Si, au contraire, on dit que le mandataire accomplit un contrat pour le compte du mandant, c'est qu'il déclare une volonté conforme à celle du mandant, mais une volonté propre.

Donc, comme en droit romain, le mandataire a le pouvoir de contracter, et, comme en droit romain, lorsqu'il traite avec un tiers, il contracte; c'est ce que dit Pothier, c'est aussi ce que dit l'art. 1998. Or, contracter, c'est manifester une volonté propre; donc le mandataire déclare sa volonté propre.

Il y a d'ailleurs une autre façon de présenter l'argument. Pothier et la plupart des auteurs, après avoir dit que le mandataire contracte, cherchent à expliquer que l'effet du contrat ne se produit pas dans le patrimoine du mandataire, mais dans celui du mandant; alors ils disent: « Le mandant est *censé* contracter ⁸³. » Qu'est-ce à dire? Que le mandant, en réalité, ne contracte pas: si l'on dit de quelqu'un qu'il est censé faire une chose, c'est qu'en réalité il ne la fait pas. Le mandant ne contracte pas, mais il faut bien que quelqu'un contracte; or, disent Pothier et l'art. 1998, c'est le mandataire qui contracte. La théorie du Code se tient donc bien; les expressions employées ont un sens

83. V. Pothier, *op. et loc. cit.*, n° 8.

voulu : le mandataire contracte, le mandant ne contracte pas ; il recueille cependant les effets du contrat. Pourquoi ? Par une fiction, parce qu'il est censé contracter ? Non, parce que le mandataire a une volonté conforme à celle du mandant, parce que, pour employer les termes mêmes de l'art. 1998, il a agi « conformément au pouvoir qui lui avait été donné ».

Le mandataire n'est donc pas seulement un intermédiaire, un messenger ; or, du moment où l'on dit qu'il déclare la volonté du mandant, on le réduit au rôle de messenger, ce qui est faux.

Nous reviendrons plus loin sur la distinction entre le messenger et le mandataire ; disons seulement, dès maintenant, que le droit romain n'a jamais confondu le messenger et le mandataire. Du reste, il ne pouvait pas les confondre : le mandataire était lié envers le tiers par le contrat qu'il avait conclu avec lui pour le mandant, s'il contractait ; le messenger, au contraire, comme aujourd'hui encore, n'était pas lié par le contrat : il ne contractait pas, « *nihil contrahit* », dit Cujas⁸⁵. Le mandataire, lui, *contrahit* : là est la différence entre les deux. Lorsqu'une personne se sert d'un messenger, c'est sa volonté qui est déclarée, c'est elle qui contracte ; lorsqu'elle

85. CUJAS sur la l. 9. C. : *Si quis vel alteri emerit*, 4-5° et *infra*, 2° partie, ch. 1, section 1.

se sert d'un mandataire, ce mandataire contracte. Les Romains, par une application rigoureuse de cette idée que « personne ne peut vouloir pour autrui », *alteri stipulari nemo potest*⁸⁷, disaient que le mandant n'était pas lié directement au tiers. Aujourd'hui, le mandant est créancier direct; il est représenté, parce que l'on peut vouloir pour autrui. C'est ce que fait le mandataire : il veut pour le mandant et conformément à la volonté du mandant.

37. — On pourrait peut-être faire l'objection suivante : si le mandataire et le tiers ont mal interprété le mandat, le mandant peut se refuser à l'exécuter; c'est donc que c'est bien sa volonté qui crée le contrat entre lui et le tiers⁸⁸.

Cette objection ne détruit en rien la thèse que nous soutenons : pour que le rapport de représentation, c'est-à-dire le lien direct entre mandant et tiers se forme, il faut que le mandataire ait déclaré une volonté conforme à celle du représenté. Or, dans l'exemple que nous avons pris, si le mandant n'est pas tenu, c'est parce que le mandataire n'a pas déclaré une volonté conforme à celle du mandant, parce qu'il n'a pas agi, pour employer les termes de

87. L. 8. § 17, Dig. de V. C. 45. 4.

88. On admet en effet que, lorsque la procuration a été mal interprétée par le mandataire et le tiers, le mandant n'est pas tenu. (GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 189, p. 500.)

l'art. 1998, « conformément au pouvoir qui lui a été donné ». Mais cela ne prouve nullement que le mandataire ne déclare pas sa propre volonté.

On pourrait objecter encore que, d'après l'article 1990, les femmes et les mineurs⁸⁹, incapables de contracter pour eux-mêmes, sont incapables d'être mandataires ; c'est donc qu'ils ne déclarent pas leur volonté propre, mais celle du mandant, c'est donc qu'ils ne contractent pas.

38.—Il y a à cette objection plusieurs réponses : d'abord, nous avons prouvé que le mandataire est quelqu'un qui « fait quelque chose *pour le mandant* », dit l'art. 1984, qui contracte *pour autrui* « en qualité » de mandataire, dit Pothier. Or, les mineurs et les femmes mariées sont incapables de contracter *pour eux-mêmes* ; mais nulle part la loi ne leur interdit de conclure un contrat *pour autrui*.

D'ailleurs, ce qui prouve bien que ce mandataire incapable déclare une volonté propre, c'est que, dans ce cas spécial, le mandant peut être tenu par une déclaration de volonté non conforme à la sienne. C'est à lui de voir « s'il veut s'exposer à traiter avec un incapable »⁹⁰. Le mandant s'expose, dit-on : à quoi ? A être

89. Le texte ne parle que des mineurs émancipés ; mais on l'étend généralement aux mineurs non émancipés. Cf. : AUBRY ET RAU, T. IV § 411 note 10 ; — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 56, p. 373.

90. GUILLOUARD, *op. et loc. cit.*

obligé de subir un contrat passé par le mandataire en dehors de ses instructions, c'est-à-dire par sa volonté propre. C'est donc qu'un mandataire ne déclare pas la volonté du mandant, mais sa propre volonté.

Enfin, ce qui est plus significatif, si l'incapable ne faisait que déclarer la volonté du mandant, il pourrait être mandataire dans tous les cas. Or, l'art. 1028 apporte une exception : l'incapable ne peut être exécuteur testamentaire. Pourquoi ? Parce qu'il a une initiative, parce qu'il peut ne pas déclarer une volonté conforme à celle du mandant, parce qu'il déclare sa propre volonté.

En résumé, il ne faut pas voir dans le mandataire un simple intermédiaire déclarant, comme un messenger, la volonté du mandant. — Le mandataire agit, le mandataire veut, le mandataire contracte, mais « en qualité de mandataire », c'est-à-dire avec l'intention de n'être pas tenu par le contrat qu'il vient de former.

Au fond, sa situation, au point de vue de la représentation, est la même que dans la gestion d'affaires, celle du maître ⁹¹. Que fait le maître lorsqu'il ratifie ? Il prend pour lui un contrat tout formé par le gérant et le tiers ; « il ne con-

91. C'est seulement au point de vue de la représentation que la gestion d'affaires ressemble au mandat. Voir en effet les différences dans Troplong, *Mandat*, n° 87 et suiv.

tracte pas de nouveau avec les tiers », dit M. Labbé ⁹². Dans le mandat, il prend également pour lui un contrat conclu par le mandataire avec le tiers : *Ratihabitio mandato æquiparatur*. La ratification équivaut à un mandat ; c'est-à-dire que, comme le mandant, le maître donne le pouvoir au représentant de contracter pour lui ; mais il donne ce pouvoir après coup. « Celui qui ratifie, dit M. Labbé ⁹³, est censé avoir donné un mandat. Toutes les conséquences qui résulteraient d'un *ordre préalable* seront produites par l'approbation donnée *après coup*. » Et plus loin, il ajoute que le mandat est le « type » auquel on rapporte tout ce qui se fait.

Si donc, dans la gestion d'affaires, le représentant déclare sa volonté propre, il en est de même dans le mandat, puisque le maître « accepte identiquement la position du mandant ».

39. — Donc, finalement, qu'il s'agisse de mandat légal, de mandat conventionnel ou de gestion d'affaires, le rapport de représentation a la même nature juridique. Le représentant n'est pas censé déclarer la volonté du représenté ; il déclare réellement sa volonté, mais une volonté qui est l'image de celle du mandant : ce n'est pas un mannequin qui endosse la personnalité du

92. LABBÉ, *Ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 11.

93. Id. p. 9 et p. 10.

représenté, car ce représentant agit, il veut ; et c'est, au contraire, le représenté qui endosse la personnalité du représentant pour contracter. C'est donc ce représentant qui contracte, et le mandant est seulement, comme dit l'art. 1998, « tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire. »

40. — Nous avons dit au début de ce chapitre que la question de savoir si le représentant déclarait ou non sa volonté propre, conduisait à des conséquences différentes en ce qui concerne les vices du consentement. La solution que nous adoptons conduit aux résultats suivants :

L'erreur sera une cause de nullité du contrat, non seulement dans le cas où elle aura amené le représenté à donner pouvoir, où elle aura agi sur le représenté, mais aussi dans l'hypothèse où elle se sera manifestée dans la personne du représentant ⁹⁴.

De même la violence sera une cause de nullité, si elle a été exercée sur la personne du représentant. C'est l'application de l'art. 1111 du Code civil. — « La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de

94. Certains auteurs admettent bien que la violence est une cause de nullité quand elle est exercée sur le représentant et le représenté, mais n'appliquent pas la même solution au cas d'erreur : il y a cependant même raison de décider. V. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 542. HELLMANN, *op. cit.*, p. 463.

nullité. » Or, bien que le représentant ait contracté pour autrui, il a contracté, et l'article 1111 lui est applicable ⁹⁵.

De même, enfin, on fera application au représentant de l'article 1116.

De ce que le représentant déclare sa volonté propre résultent encore des conséquences au point de vue de la capacité à exiger chez le représentant et le représenté. Mais, cette question se rattachant plus directement aux conditions de la représentation, nous en réservons l'étude pour le chapitre qui va suivre.

95. Nous disons que la violence exercée sur le représenté est une cause de nullité, non parce que le représentant déclare sa volonté, mais parce qu'elle a pu l'amener à donner pouvoir de représenter, et qu'en définitive l'acte passé par le représentant produit effet dans son patrimoine.

CHAPITRE III

CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION

Trois conditions : 1^o le représentant doit déclarer sa volonté propre ; — Conséquences au point de vue de la capacité requise chez le représentant et le représenté. — 2^o Le représentant et le tiers doivent avoir l'intention commune de faire naître les effets du contrat qu'ils passent dans le patrimoine du représenté. — L'agissement du représentant au nom du représenté est de la nature de la représentation, non de son essence ; cette conception est traditionnelle ; c'est aussi celle du droit moderne. — Exemple. — Déclaration de command. — Assurance-accidents collective. — L'arrêt du 22 juillet 1897. — Assurances pour le compte de qui il appartiendra. — L'arrêt de cassation du 1^{er} décembre 1896. — De la preuve de l'intention de représenter. — 3^o Le représentant doit avoir le pouvoir de représenter. — Par qui et à quel moment peut-il être conféré ? — A qui s'adresse-t-il ? — Dans quelle mesure la connaissance par le tiers du pouvoir de représenter a-t-elle influence sur la formation du rapport de représentation ? — Définition complète de la représentation. — Critiques adressées au principe de la représentation. — Réponse à ces critiques.

41. — La représentation a pour résultat de faire naître directement les effets d'un contrat dans le patrimoine d'une personne qui n'a pas conclu ce contrat. Ainsi que le remarque Ihering ⁹⁶, « la représentation n'est autre chose

96. IHERING, *l'Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, t. IV, § 63, p. 172 et note 54.

que la séparation de la cause et de l'effet de l'acte ; la cause : l'action concerne la personne du représentant ; l'effet : le droit concerne le représenté. Il y a donc là une séparation artificielle de ce qui, dans l'état normal du rapport, est un. » Non seulement l'effet du contrat conclu par le représentant et le tiers contractant se produit dans le patrimoine du représenté, mais il s'y produit directement, sans passer par le patrimoine du représentant.

Effet immédiat dans le patrimoine du représenté, tel est le caractère essentiel de la représentation ; c'est lui qui fait son utilité ; c'est lui aussi qui a suscité les critiques des jurisconsultes contre le principe de la représentation ⁹⁷. Au fond, il y a là un effet anormal du contrat, qui suppose des conditions spéciales.

Ces conditions sont au nombre de trois :

1^o Le représentant doit déclarer sa volonté propre ;

2^o Le représentant et le tiers contractant doivent avoir l'intention commune de faire naître les effets du contrat qu'ils concluent dans le patrimoine du représenté ;

3^o Le représentant doit avoir le pouvoir de représenter.

L'examen de ces conditions nous conduira à une définition complète de la représentation.

97. V *infra*, n^o 100.

SECTION I^{re}

Le représentant doit déclarer sa volonté propre.

42. — Pour qu'il y ait représentation, il faut que le représentant déclare sa volonté propre, et non celle du représenté. Cette condition est imposée par la solution que nous avons adoptée sur la nature juridique de la représentation. Si, au contraire, une personne déclare la volonté d'une autre, on ne peut dire qu'elle représente : ce sera un messenger, un intermédiaire ; mais ce ne sera pas un représentant. La personnalité du représentant ne s'identifie pas avec celle du représenté ; c'est une personnalité distincte. Il ne faut pas voir dans la représentation la confusion de deux personnes, semblable à la confusion qui existait à Rome entre la personne du *paterfamilias* et celles de ses fils de famille ou de ses esclaves. Bien au contraire, la représentation s'analyse dans la substitution d'une personnalité juridique à une autre *pour la conclusion du contrat*, dans la substitution de la personnalité du représentant à celle du représenté ⁹⁸.

98. Telle est aussi la conception de Gierke, cité par M. Saleilles. — *Théorie de l'obligation*, p. 363.

Nous en avons conclu que, au moment de la conclusion du contrat, c'est la volonté du représentant qui est déclarée, volonté substituée à celle du représenté, conforme à celle du représenté, mais qui ne se confond pas avec elle ⁹⁹.

De ce que le représentant déclare sa volonté propre, nous avons tiré certaines conséquences au point de vue de l'influence du dol, de la violence ou de l'erreur qui peuvent vicier le consentement tant du représentant que du représenté. Il faut examiner maintenant quelles sont les qualités et la capacité requises chez le représentant et le représenté pour que se forme le rapport de représentation.

§ 1^{er}

QUALITÉS ET CAPACITÉ REQUISES CHEZ LE REPRÉSENTANT.

43. — On dit quelquefois que son rôle étant de figurer dans un acte pour un autre, de participer à la conclusion de cet acte par une déclaration de sa propre volonté, le représentant doit être nécessairement une personne physique ¹⁰⁰.

99. Il n'y a donc pas à distinguer, comme le fait Windscheid (*op. cit.*, § 73, note 2), la représentation « quant à la volonté » et la représentation « quant à la déclaration de volonté » ; il n'y a qu'une seule représentation, celle « quant à la volonté », c'est-à-dire celle dans laquelle le représentant déclare sa propre volonté conforme à celle du représenté.

100. Cf. TARTUFARI, *op. cit.*, p. 71.

On pourrait croire dès lors qu'une personne morale ne peut pas être représentant, et c'est à cette solution que l'on doit s'arrêter, si l'on considère la personne morale comme une fiction n'ayant pas de volonté propre — Si, au contraire, on admet que la personne morale a une volonté propre ⁴⁰¹, il faut décider qu'une personne morale peut représenter, soit une personne physique, soit une autre personne morale. Ce ne sera pas l'administrateur de la personne morale qui sera représentant, puisqu'il n'est, nous le verrons, que l'organe de la volonté de la personne morale, mais bien la personne morale elle-même, agissant au moyen de ses administrateurs. Ce sera en fait une personne physique, l'administrateur, qui prendra part à la conclusion du contrat ; mais il ne sera là que pour déclarer la volonté de la personne morale, c'est-à-dire du représentant.

Donc une personne morale, aussi bien qu'une personne physique, peut faire acte de représentation au sens exact du mot.

44. — Quelle capacité doit-on exiger chez le représentant ? Ceux qui sont incapables de contracter pour eux-mêmes peuvent-ils représenter ?

⁴⁰¹. C'est la conception vers laquelle tend aujourd'hui la doctrine, et c'est elle que nous adopterons plus loin, en discutant la question de savoir si les administrateurs des personnes morales sont des représentants. (V. *infra*, 2^e partie, ch. 1, sect. 1, § 2.)

Pour répondre à cette question, il faut partir de cette double idée que, d'une part, le représentant reste absolument étranger aux effets de l'acte qu'il conclut, et que, d'autre part, il manifeste sa propre volonté, non celle du représenté.

Dès lors peuvent être représentants tous les incapables aptes à déclarer eux-mêmes leur propre volonté dans un acte, encore bien qu'ils soient capables de faire cet acte pour eux-mêmes ou non. La représentation, en effet, ayant précisément pour résultat de faire naître tous les effets de l'acte dans la personne du représenté, la personne du représentant, s'effaçant complètement une fois le contrat formé, ne peut trouver d'obstacle dans une incapacité qui n'a été établie par la loi en faveur de certaines personnes que pour les protéger contre les actes dont l'effet doit se produire dans leur patrimoine.

45. — Par suite, les mineurs, même non émancipés, les femmes mariées peuvent être des représentants. C'est ce que décide du reste l'art. 1990 du Code civil ; ce texte, il est vrai, ne parle que du mineur non émancipé, mais les auteurs ⁴⁰² sont presque unanimes à déclarer

⁴⁰² Cf. : GUILLOUARD, *Du mandat*, n° 56 p. 375 ; AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. 4, § 411, note 10 ; DELAMARRE et LÉPOITVIN, *Du contrat de commission*, t. 1, 54 et 55 ; TROLONG, *Du mandat*, n° 330. — Troplong se fonde, pour assimiler le mineur non émancipé au mineur émancipé, sur ce que le mandataire sert « d'instrument passif à la volonté d'autrui, est

qu'il faut l'étendre au mineur non émancipé : il n'y a aucune raison pour faire une distinction au point de vue de la représentation entre ces deux incapables.

§ 2

QUALITÉS ET CAPACITÉ REQUISES CHEZ LE REPRÉSENTÉ.

46.— De même que le représentant, le représenté peut être une personne physique ou une personne morale. Nous verrons cependant qu'il n'est pas exact de dire qu'une personne morale est toujours représentée par ses administrateurs :

un simple organe ». Cette conception est inexacte ; car nous avons démontré que, lorsqu'une personne n'est que l'organe de la volonté d'une autre, la question de représentation ne se pose pas. Si les incapables peuvent être représentants, c'est simplement parce que le contrat qu'ils passent ne doit pas produire effet dans leur patrimoine. C'est du reste la raison que donnent tous les auteurs qui ont traité la question de la représentation. — Cf.: WINDSCHEID, *op. cit.*, I, § 73, p. 193 et 196, n. 19 ; MITTEIS, *op. cit.*, p. 268 ; HELLMANN, *op. cit.*, p. 148 ; KARLOWA, *op. cit.*, p. 56 ; LABAND, *op. cit.*, p. 226 et 228. — L'opinion contraire, d'après laquelle le mineur non émancipé ne pourrait pas être représentant, a été seulement soutenue par de Fréminville, *De la minorité*, II, 941 *ter*, et par Borsari, Ricci, Caluci, cités par Tartufari, *op. cit.*, p. 74, note 1, qui réfute cette théorie. • Ces auteurs, dit-il, montrent qu'ils ne savent pas distinguer les effets de la représentation en soi, dans les rapports entre le représenté et les tiers et les obligations auxquelles le représentant peut s'exposer, par suite de l'acte de représentation qu'il a fait, envers les tiers ou envers le représenté. En ce qui concerne la première catégorie de rapports entre représenté et tiers, l'incapacité relative de celui qui conclut ne peut faire obstacle à la validité du contrat, cette incapacité ne pouvant être invoquée ni par les tiers ni par le représenté qui a choisi ce représentant incapable. »

ils ne sont que les organes de la volonté de la personne morale; et, lorsqu'ils contractent, ils ne représentent pas cette personne morale, c'est elle-même qui contracte.

47. — Le représenté peut ne pas exister au moment où le représentant conclut l'acte qui doit produire ses effets dans son patrimoine; c'est ainsi que le Code civil déclare que le père est le représentant de son fils qui n'est pas encore né ¹⁰³.

Non seulement le représenté peut être une personne future, ce peut être aussi une personne indéterminée: il n'en sera ainsi, bien entendu, que dans le cas où le rapport de la représentation dérive d'une gestion d'affaires ¹⁰⁴.

48. — Quant à la capacité requise chez le représenté, il faut distinguer suivant que la représentation a sa source dans la loi, dans la volonté du représentant, comme au cas de gestion d'affaires, ou dans celle du représenté, comme au cas de mandat.

A la différence du représentant, le représenté peut être un individu frappé d'une incapacité

103. Article 389 du Code civil.

104. C'est là, selon nous, une différence importante entre la stipulation pour autrui et le contrat par représentants. Il en est ainsi notamment dans le cas de la vente avec déclaration de command, d'assurance pour le compte de qui il appartiendra. V. du reste *infra*, n^{os} 70 et suiv. *Contra* Lambert, *La stipulation pour autrui*, p. 144 et suiv. On trouvera dans cet ouvrage un exposé très complet de la controverse.

naturelle et absolue, complètement dépourvu d'intelligence. C'est précisément pour suppléer à leur défaut de volonté que la loi a donné à ces incapables des représentants.

Un incapable, mineur ou mineur non émancipé, ou femme mariée, peut être représenté par un gérant d'affaires. Le rapport de représentation se forme entre celui avec lequel contracte le gérant d'affaires et le maître, sans qu'il y ait à considérer la capacité de ce dernier ⁴⁰⁵.

Au contraire, dans le cas où la représentation a sa source dans la volonté du représenté, il faut que le représenté ait la capacité de conférer à autrui le pouvoir de représenter. Cette question rentre plus spécialement dans la troisième condition que nous avons indiquée, et c'est là que nous en renvoyons l'étude ⁴⁰⁶.

405. Cf.: AUBRY ET RAU, § 441 note 10 ; COLMET DE SANTERRE, *Cours de Code civil*, t. 5, n° 347 ; DEMOLOMBE, t. 21, n° 100 bis ; LAROMBIÈRE, *Obligations*, sur l'art. 1375, n° 22. — Déjà, en droit romain, l'*infans* ou le *furiosus* pouvaient être représentés (au sens dans lequel ce mot doit être pris en droit romain) par leurs esclaves. Si l'esclave a un pécule, et qu'il fasse une acquisition de possession à raison de ce pécule, son maître, bien qu'incapable et n'ayant pas la capacité nécessaire pour avoir l'*animus possidendi*, devient possesseur.—Comp. FOURCADE, *De l'acquisition de la possession per extraneam personam* p. 69 et suiv.

406. Voir *infra*, n° 94.

SECTION II

Le représentant et le tiers contractant doivent avoir la *contemplatio domini*, c'est-à-dire l'intention commune de faire naître les effets du contrat qu'ils concluent dans le patrimoine du représenté.

49.—L'intention étant l'âme des conventions, pour qu'un contrat puisse être conclu valablement par représentant, il faut que les contractants aient l'intention certaine de conclure un acte destiné à produire ses effets dans le patrimoine du représenté. Cet élément intentionnel est le phare qui doit éclairer et guider l'interprète dans l'application de la théorie de la représentation.

Le représentant et le tiers doivent-ils avoir la même intention ? Cette intention doit-elle être manifestée d'une façon évidente, ou bien peut-on la présumer ? Comment et à qui de prouver cette intention, dans le cas où il y a contestation sur le point de savoir s'il y a eu représentation ou non ? Ce sont là autant de questions qu'il faut maintenant étudier.

50. — La réponse à la première question est simple. Le représentant doit avoir l'intention de rester étranger aux effets du contrat et de faire naître les droits et obligations qui en résultent.

tent immédiatement sur la personne du représenté. De son côté, le tiers doit partager l'intention du représentant, vouloir que ce dernier reste absolument en dehors du contrat, et que l'acte produise directement ses effets pour ou contre le représenté. Il faut qu'il y ait, pour employer l'expression très exacte des auteurs qui ont étudié la théorie de la représentation, *contemplatio domini*¹⁰⁷.

La *contemplatio domini* est donc l'intention commune du représentant et du tiers de faire naître les effets du contrat qu'ils concluent dans le patrimoine du représenté.

I. *En quelle forme doit se manifester l'intention du représentant de contracter pour le compte du représenté ?*

51. — Nous touchons à l'examen d'un des problèmes les plus délicats et en même temps les plus importants que soulève la théorie de la représentation. Ce problème est le suivant : est-il nécessaire, pour qu'il y ait représentation, que le représentant déclare au tiers contractant qu'il a l'intention d'agir au nom ou pour le compte du représenté, ou bien suffit-il que le tiers ait

107. Cf. : MITTEIS, *op. cit.* ch. II, § 16, p. 128; TARTUFGI, *op. cit.*, p. 355 et suiv. et les auteurs cités.

connu et partagé l'intention du représentant, en sachant, de quelque façon que ce soit, contracter avec un représentant? En d'autres termes, l'agissement au nom du représenté est-il de l'essence de la représentation ou seulement de sa nature?

52. — Quelques auteurs allemands, sous le prétexte de creuser la théorie de la représentation, tournent en réalité la difficulté en disant que, dans le cas où un mandataire agit en son propre nom, il y a représentation imparfaite : imparfaite, parce que le résultat de la représentation, c'est-à-dire l'effet du contrat dans le patrimoine du représenté, ne se produit qu'indirectement, en passant par le patrimoine du représentant. Il n'y a pas à insister sur cette théorie, que nous avons réfutée ailleurs ; elle méconnaît complètement la notion de représentation : qui dit représentation dit rapport immédiat entre tiers contractant et représenté, et effet direct dans le patrimoine de ce dernier ; du moment où l'effet ne se produit dans le patrimoine du représenté qu'après avoir passé par celui du représentant, il n'y a pas représentation du tout.

53. — La doctrine française, au contraire, prétend que l'agissement au nom du représenté est de l'essence de la représentation. Il est impossible, dit-on, de parler d'effet direct entre le

tiers et le véritable intéressé toutes les fois qu'un mandataire ou un gérant d'affaires, agissant pour le compte d'autrui, contracte en son nom, parce qu'alors il a certainement été dans l'intention commune des deux parties, mandataire et tiers contractant, de ne créer de rapports de droit qu'entre eux. Et de là on conclut que tous ceux qui agissent pour le compte d'autrui, mais parlent en leur nom, ne sont pas des représentants: tel, en matière commerciale, le commissionnaire qui agit en son nom, en droit civil les différents mandataires prête-noms.

54.—Tous les auteurs qui ont écrit sur le droit commercial ont soin de distinguer le commissionnaire qui agit en son nom de celui qui agit au nom du commettant. « Si le commissionnaire agit en son nom, disent MM. Delamarre et Le Poitvin ¹⁰⁸, le commettant n'est rien à l'égard des tiers avec lesquels il négocie l'affaire,

108. DELAMARRE ET LE POITVIN, T. III, p. 37. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, T. III, p. 349 et suiv., nos 473-479. Jugement du Tribunal de commerce de Marseille, rapporté par MM. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 331, note 1, qui refuse au tiers vendeur le droit d'agir contre le commettant, parce que le commissionnaire a agi *suo nomine*. — ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 26 n° 5. C. civ. italien, art. 1744. — Le nouveau C. civil allemand porte au contraire, art. 164: « La déclaration de volonté qui est passée par quelqu'un, en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés, au nom de la personne qu'il représente, a effet directement pour et contre le représenté. Il n'y a pas lieu de distinguer si cette déclaration a été faite expressément au nom du représenté, ou si, d'après les circonstances, elle devait être faite en son nom. (Trad. de la Grasserie, p. 36.)

c'est le commissionnaire qui est tout ; lui seul est engagé, envers lui seul les tiers s'engagent. » Au contraire, s'il agit pour le commettant, le commissionnaire ne s'engage point envers les tiers avec lesquels il traite l'affaire promise. Il n'engage que le commettant, il ne stipule que pour le commettant. »

55.—Et la même distinction est faite en droit civil entre le mandataire ordinaire et le mandataire prête-nom. Par prête-nom, on entend un individu qui se comporte ou semble se comporter comme le maître de l'affaire qu'il conclut ¹⁰⁹. Les auteurs traitent ordinairement du prête-nom au titre du mandat ; mais il est évident qu'une personne peut se comporter comme prête-nom sans en avoir reçu mandat ; il y a des gérants d'affaires prête-noms.

56.—Or, la doctrine pose comme règle absolue et sans distinction que le prête-nom n'est pas un représentant. « Vis à-vis des tiers avec lesquels il traite, dit M. Guillouard ¹¹⁰, il est le véritable maître de l'affaire, débiteur personnel des dettes qu'il contracte et créancier personnel des obligations qu'il crée ; *entre le mandant et le tiers, il n'y a aucun lien direct.....* et le mandant..... n'est pas lié vis-à-vis des tiers, pas plus qu'ils

109. TROPLONG, *Du mandat*, n° 43. — COSTE, *Du prête-nom*. — FOURCADE, *De la simulation*, p. 47. — GLASSON, *Théorie de la simulation*, p. 59.

110. GUILLOUARD, *Mandat*, p. 335, n° 18, et les arrêts cités.

ne sont liés vis-à-vis de lui. Le lien de droit commence et finit à la personne des contractants, c'est-à-dire du prête-nom et des tiers avec lesquels il a traité. » Bien plus, la situation ne change pas, si les tiers ont su traiter avec un prête-nom. « Si les tiers ont connu la qualité de prête-nom lorsqu'ils ont traité avec lui dans les limites de ses pouvoirs, la situation juridique des tiers vis-à-vis du mandant reste la même, et il n'existe aucun lien direct entre eux et le mandant ¹¹¹.

On appuie cette solution sur les raisons suivantes : d'abord, il n'y a pas de lien direct entre le tiers et le mandant, parce que l'acte s'est passé « hors de la présence du mandant ¹¹² ». Mais cela ne prouve rien ; car tous les actes passés hors de la présence d'un mandataire ordinaire, sont passés hors de la présence du mandant, et cependant le mandataire ordinaire est un représentant.

On ajoute : le mandant n'est pas représenté

111. GUILLOUARD, *op. cit.* p. 336, n° 19. — AUBRY et RAU, IV, § 410 et note 11.

112. Cass. 25 février 1864 (S., 64, 1, 105 et D., 64, 1, 282). « Attendu que, lorsque le mandant a constitué son mandataire maître absolu de la chose à l'égard des tiers, il importera peu que le tiers avec qui ce dernier a traité en son nom personnel ait eu connaissance de la qualité de prête-nom ; que cette circonstance ne saurait exercer aucune influence sur les droits et obligations qui naissent du contrat ; que, cet acte s'étant accompli *hors de la présence du mandant*, qui *a voulu y demeurer étranger*, celui-ci ne peut pas plus s'en prévaloir qu'il ne pourrait être invoqué contre lui.

dans l'acte passé par le mandataire en son nom propre, « parce qu'il a voulu y demeurer étranger ». C'est là toute la question : est-il exact d'affirmer que, du moment où un mandataire agit en son nom propre, le mandant a voulu demeurer étranger à l'acte ? Nous démontrerons qu'une telle conception, exacte en principe, est trop absolue, et qu'une personne peut avoir l'intention d'être représentée, bien que le représentant agisse en son nom propre. Avant d'aborder cette démonstration, indiquons quelles sont les principales conséquences du système qui vient d'être exposé.

57. — Celui qui a agi en son nom propre dans l'intérêt d'autrui étant directement obligé envers le tiers, il ne peut se soustraire aux suites du contrat que du consentement de ce tiers. Et même, dans le cas où il révélerait ensuite le nom du représenté, il ne pourra sortir du rapport juridique dans lequel il est entré comme contractant. Est-ce, au contraire, le véritable intéressé qui vient dire au tiers contractant qu'il prend le contrat pour sien et en accepte toutes les clauses, le premier contractant n'en sera pas pour cela libéré, à moins, bien entendu, que le tiers ne consente à cette substitution ⁴¹³.

58. — D'autre part, celui qui a laissé croire

413. TROPLONG, *op. cit.*, n° 532 et suiv.

aux tiers qu'il était le véritable propriétaire ou, d'une façon plus générale, le maître de l'affaire, ne peut, postérieurement à la perfection du contrat, tirer une exception du fait qu'il y aurait désaccord entre sa volonté réelle et sa volonté apparente, quand bien même il démontrerait qu'il a voulu agir comme représentant. Il faut en effet respecter les droits que des tiers ont légitimement acquis de bonne foi, et ils ne doivent pas être rendus responsables d'une faute ou d'une négligence commise par le contractant apparent ¹¹⁴.

59. — Si celui qui a agi en son nom dispose par un nouveau contrat de ce qui faisait l'objet de celui qu'il a d'abord conclu, si, par exemple, un vendeur qui a acheté en son propre nom pour le compte d'autrui une maison, revend cette maison, celui dans l'intérêt duquel l'achat avait été fait, ne peut pas demander la nullité de ce second contrat en se fondant sur les rapports qui existaient entre lui et l'acheteur apparent; il puise seulement dans ces rapports une action personnelle contre celui qui les a méconnus ¹¹⁵.

60. — Enfin, en matière commerciale, si le

¹¹⁴. TARTUFARI, *op. cit.* n° 41, p. 60 et 61. — MITTEIS, *op. cit.*, § 16, p. 139-142.

¹¹⁵. TROPLONG, *Mandat*, n° 323 et suiv. — LAURENT, t. XXVIII, n° 62. — ACBRY ET RAU, § 415, p. 652. — TARTUFARI, *op. cit.*, p. 62, n° 43.

commissionnaire a agi en son nom, ce qui, nous l'avons dit, est la règle, le tiers souffrira de la faillite du commissionnaire seul, non de celle du commettant : il pourra se voir opposer en compensation par le commissionnaire la créance que celui-ci a acquise contre le commettant ; comme, d'ailleurs, il pourra opposer en compensation au commissionnaire une créance qu'il a acquise à raison d'un acte réellement personnel de ce dernier ¹¹⁶.

Il est bien entendu, en outre, que le fait qu'aucun rapport direct ne se forme entre le commettant et le tiers, n'empêche pas les tiers d'exercer contre le commettant, et le commettant contre les tiers, l'action oblique de l'article 1166 ¹¹⁷.

Après avoir indiqué les arguments sur lesquels on s'appuie pour soutenir que l'agissement au nom du représenté est de l'essence de la représentation, et les conséquences qui en découlent, il nous faut montrer ce que ce système a de trop absolu, comment il ne tient pas suffisamment compte de l'intention des parties et, par là même, ne répond pas aux besoins de la pratique.

Notre but est de démontrer que, normale-

116. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. III, n° 479, p. 331.

117. Cf. LAURENT, *op. cit.*, t. XVIII, n°s 62 et 63.

ment, il n'y a représentation que lorsque le représentant agit au nom du représenté, mais qu'il peut y avoir représentation, dans certains cas et à certaines conditions, alors que le représentant n'a pas agi au nom du représenté. Nous nous arrêtons à la formule suivante : l'agissement au nom du représenté est de la nature de la représentation, mais il n'est pas de son essence.

Développons successivement les deux termes de cette formule.

A. — *L'agissement au nom du représenté est de la nature de la représentation.*

61. — Le principe se justifie en peu de mots, d'après lequel, normalement, les droits ou obligations ne se produisent immédiatement et directement dans le patrimoine du représenté que si le contrat a été passé en son nom. En effet, dans un contrat, chaque partie aime à savoir avec qui elle traite. La personne du débiteur ne peut pas être indifférente au créancier, de même qu'en sens inverse, la personne du créancier intéresse le débiteur. Si je m'attends à recevoir Paul pour débiteur ou pour créancier, on ne peut pas sans mon consentement substituer Pierre à Paul. Si j'ai vendu ma maison à une personne qui a acheté en son nom propre, j'ai

ai vendu parce que je la savais solvable; elle ne peut ensuite dire qu'elle a agi comme représentant, et que c'est un autre individu, insolvable peut-être, qui est le véritable acheteur; car je n'ai traité avec elle que parce qu'elle a déclaré agir en son nom.

Si l'on abandonnait cette règle, nul ne serait plus sûr de son droit, et cela équivaldrait, selon l'expression de M. Lenel, à la création d'un « privilège pour la chicane ». Si, poursuit cet auteur ¹¹⁸, l'on concédait au représentant qui a contracté en son nom propre, le droit de se référer à ce que la partie adverse s'était désintéressée de l'affaire en elle-même, ou tout au moins de l'engagement pris en ce qui la concernait, on serait obligé, pour rester dans la logique, de concéder à tous ceux qui auraient été engagés le droit d'objecter à l'action introduite en raison du contrat qu'en définitive le créancier n'avait pas tenu absolument à la conclusion de l'affaire, que, par exemple, il ne s'y était engagé que par caprice. Personne ne serait plus sûr de ses droits, si des objections ou exceptions de cette nature étaient admises.

On peut donc dire que, normalement, il n'y aura représentation que si quelqu'un agit en son nom propre, parce que l'*intention* du

118. LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, p. 8 et p. 11.

mandant, du mandataire et du tiers, est de ne créer de lien de droit qu'entre le mandataire et le tiers, et non entre le tiers et le mandant. Mais si, malgré l'agissement du représentant en son nom propre, représentant, représenté et tiers ont l'intention commune de créer un rapport de représentation, il y aura représentation. Nous allons le démontrer.

B. — *L'agissement au nom du représenté n'est pas de l'essence de la représentation*

62. — Pour qu'il y ait représentation, il faut que le représentant ait eu l'intention d'agir pour le représenté, et que le tiers contractant ait partagé cette intention ⁴¹⁹; mais il n'est pas

419. Selon M. Lenel, il y aurait des actes qui, par leur nature, n'exigent pas que celui qui les fait comme représentant ait besoin de déclarer agir au nom du véritable intéressé : telles l'acquisition de biens par représentation, l'acceptation d'une offre par leur fait. Il appelle ces actes des « manifestations de volonté par les actes » (*Willensbethätigungen*) par opposition aux déclarations de volonté pures et simples (*Willenserklärungen*). — Cela est vrai; mais il faut toujours supposer que le représentant, le représenté et le tiers ont l'intention commune qu'il en soit ainsi. — De plus, un auteur, M. Hölder, semble dire que l'agissement au nom du représenté n'est pas nécessaire quand le tiers n'aura pas intérêt à savoir ce nom (cité par M. Lenel, *op. cit.*, p. 6 et 7). Mais M. Lenel a très bien réfuté cette opinion dans les termes suivants : « La question de savoir si, dans chaque cas déterminé, le tiers a intérêt à savoir à l'égard de qui la déclaration à lui faite doit produire effet est mal posée; ce qui est important, c'est de savoir si d'une façon normale, typique, les tiers ont ou non cet intérêt. Le droit ne s'applique pas à un seul cas déterminé, mais au type : « Τὸ γὰρ ἅπαρ ἃ δις παραβάνουσιν οἱ νομοθέται. » Or on peut poser en principe que les tiers, dans la conclusion des contrats, ont intérêt à savoir s'ils traitent ou non avec un représentant.

nécessaire que le représentant ait agi au nom du représenté, et ait déclaré lui-même au tiers contractant son intention de représenter. Il faut, mais il suffit, que le tiers ait su, peu importe comment, traiter avec un représentant, et ait eu l'intention de se lier directement au représenté.

63. — Nous allons montrer : 1° que cette conception est exacte en théorie ; 2° qu'elle est traditionnelle ; 3° qu'elle existe réellement dans le droit moderne, dans plusieurs hypothèses ; 4° enfin, que c'est vers elle que tend la jurisprudence.

64. — 1°) Nous avons déjà insisté sur l'importance de l'élément intentionnel, de la *contemplatio domini* dans la représentation. En matière d'obligations, il est de règle de se reporter constamment à l'intention des parties ; cette règle est surtout vraie pour la représentation : l'intention des parties est le pivot de la théorie de la représentation.

Mais il faut bien se garder de confondre et de réunir dans un même concept l'agissement par le représentant en son nom propre et son intention. — L'intention du représentant peut ne pas correspondre à la façon dont il se comporte. Pourquoi pose-t-on en principe que, lorsqu'il y a agissement au nom du représenté, il y a représentation ? Parce que, le plus souvent, le nom

révèle l'intention, correspond à l'intention. J'agis au nom d'une personne, et on en conclut avec raison que j'ai l'intention de la représenter. J'agis en mon nom propre, et l'on en conclut à tort que je n'ai pas l'intention de représenter, comme si l'intention n'était pas essentiellement subjective, et ne pouvait pas, à défaut de manifestation expresse, se présumer ou tout au moins se dégager des circonstances dans lesquelles une personne a agi ¹²¹.

Et, puisque le rapport de représentation repose uniquement sur un concours d'intentions, qu'importe que le représentant agisse ou non en son nom propre, s'il a l'intention de représenter autrui? — Qu'importe aussi que le représentant ait déclaré lui-même au tiers contractant qu'il avait l'intention de se comporter comme représentant, ou que ce tiers ait su d'une autre personne qu'il contractait avec un représentant? Pourvu qu'il ait la même intention que le représentant, cela suffit. Ce n'est pas la forme, la façon dont se comporte le représentant, la manière même dont il parle qu'il faut voir, c'est son intention qu'il faut scruter, et en

120. • Pour que cette qualité (de mandataire) lui soit imprimée dans ses rapports avec le tiers, il n'est pas nécessaire qu'elle ressorte des mots. Le nom du mandant peut s'attacher à l'acte par des circonstances de fait, par une certaine équité de position que les tribunaux doivent apprécier eux-mêmes avec équité. — TROPLONG, *Mandat*, n° 513, p. 517.

même temps l'intention du tiers avec lequel il a contracté.

65.— 2^o) L'histoire du droit fournit d'ailleurs un argument puissant à l'appui de cette conception.

Ainsi, en droit romain, pour qu'il y eût acquisition de possession par l'intermédiaire d'une personne, il n'était pas nécessaire que cette personne, qui n'était pas à proprement parler un représentant, ait déclaré son intention d'agir pour autrui. Il suffisait que le *tradens* ait connu, de quelque façon que ce fût, cette intention ¹²¹. L'expression *meo nomine* ¹²², que l'on trouve dans certains textes, ne veut pas dire *en mon nom*, mais simplement dans mon intérêt; *meo nomine* se réfère plus à l'intention du représentant qu'à la manifestation extérieure de cette intention.

66. — Mais, en outre, les actions *adjectivæ qualitatis* nous fournissent un nouvel argument. On sait que le prêteur donna à celui qui avait

121. Cf. BEKKER, *Das Recht des Besitzes*, p. 219: « L'acquisition de la possession doit normalement manifester extérieurement qu'elle est faite pour autrui. Il n'est pas nécessaire que le nom du représentant soit exprimé, mais il suffit : ou bien que le *tradens* soit convaincu qu'à travers la personne du représentant il veut acquérir pour le représenté, que l'*accipiens*, de son côté, connaisse cette intention et n'y contredise pas, ou bien que l'*accipiens* veuille acquérir pour le mandant, tandis que le *tradens* le sait et n'y contredit pas. (FOURCADE, *op. cit.*) »

122. Adde : 2, D. *Quando ex facto* 23. 9; — L., 32, § 2, D. *de rec.*, 4. 8.

traité avec un préposé une action directe contre le préposant. Or, cette action directe, qui, bien entendu, n'empêchait pas le préposé d'être tenu, auquel cas on pourrait dire que les Romains ont admis la représentation, était accordée par le prêteur, pourvu que le tiers eût su le fait de la préposition, du préposé lui-même ou de toute autre façon ¹²³.

123. Il ne faut pas donner à l'argument d'analogie que nous tirons du droit romain une portée qu'il n'a pas, et dire que ces actions ont fait brèche au principe romain de la non-représentation. Mais il est permis de chercher, dans la situation nouvelle faite par le prêteur aux tiers qui avaient traité avec un préposé, et qui était en réalité un grand pas de fait vers le principe de la représentation, un argument d'analogie. La même question que celle que nous discutons au texte à propos de la représentation, s'est posée pour les actions *adjecticiae qualitatis* : était-il nécessaire, pour que le prêteur accordât ces actions, que le préposé eût déclaré agir au nom du préposant, ou suffisait-il que le tiers eût connu le fait de la préposition? — La réponse est dans une distinction : d'un côté, le préposant n'est tenu à côté du préposé que s'il a connu le fait de la préposition ; mais, d'autre part, il n'est pas nécessaire que le préposé ait déclaré l'intention d'agir pour le préposant. En un mot, il faut, mais il suffit, que le préposant ait su traiter avec un préposé agissant pour le compte d'autrui ; il n'est pas nécessaire que le fait de la préposition ait été porté à la connaissance du tiers par le préposé lui-même.

Que le préposé n'ait pas à déclarer qu'il agit pour le préposant et qu'il a intention de l'obliger à côté de lui, c'est ce qui résulte du principe que la représentation directe n'était pas admise en matière de contrats. « L'idée que la déclaration faite par quelqu'un, dit M. Lenel (*Handeln im fremdem Namen und die actiones adjecticiae qualitatis*), pouvait lier une autre personne au lieu de soi-même a dû être bien éloignée de la pensée des Romains. Il y a peut-être eu à Rome des cas dans lesquels la partie contractante manifestait expressément l'intention d'obliger un tiers en même temps qu'elle, mais ces cas étaient rares. Par suite, le prêteur n'a pu, en introduisant dans la procédure les actions *adjecticiae qualitatis*, exiger, comme condition de ces actions, la manifestation par le préposé de l'intention de faire produire au contrat le double effet d'obliger préposé et préposant

67. — De même, dans notre ancien droit, il n'était pas nécessaire, pour que le contrat conclu par le mandataire produisît effet direct dans le

envers le tiers. » La possibilité de produire ce double effet n'a été que le résultat de l'innovation du prêteur ; après la promulgation de l'édit, cette combinaison a dû se révéler aux yeux du public ; mais, avant l'édit, aucun *institor* ou *magister navis* ne pouvait avoir cette intention. Donc, pour donner naissance contre le préposant à une action *adjecticiae qualitatis*, le préposé n'avait pas besoin d'indiquer son intention de produire cet effet. (Cf. LENEL, *op. cit.*, p. 132-133. — SCHLOSSMANN, *Das Contrahiren mit offener Vollmacht*, étude extraite de *Festgabe der Kieler Juristenfacultät zu Rudolf von Iherings fünfzigjährigem Doctorjubiläum*, 1892, p. 239. — GIRARD, *op. cit.*, p. 64⁷, note 4.

Mais faut-il en conclure que les actions *adjecticiae qualitatis* sont données au tiers sans qu'il ait connu la préposition, et par le seul fait de la préposition ? On l'a soutenu : M. Schlossmann, en se fondant sur certains textes du Digeste, a cherché à démontrer que les actions *adjecticiae qualitatis* existaient par le fait seul de la préposition.

Les lois 13 pr., 19 pr., 5, § 18 ; 6 et 7 pr., D., 14, 3, voilà les principaux textes sur lesquels il fonde son opinion. M. Lenel, *op. cit.*, a très bien prouvé que les conclusions tirées de ces textes étaient forcées, et que les objections de M. Schlossmann ne peuvent faire abandonner la théorie dominante, qui exige que le tiers ait su le fait de la préposition. Au surplus, cette théorie s'impose, si l'on veut s'attacher au but poursuivi par le prêteur dans ses édits, à leur texte probable, aux inconvénients pratiques auxquels aboutit le système défendu par M. Schlossmann. Le but des édits d'abord : le prêteur a dû simplement donner une sanction juridique à des usages déjà existants. On peut présumer en effet que, même avant la création des actions *adjecticiae qualitatis*, le préposant avait intérêt à considérer comme personnels les engagements pris par son préposé, à condition que le tiers eût été à même de savoir que l'affaire traitée avec lui par le préposé rentrait dans sa sphère d'action. C'était le moyen pour lui d'augmenter le crédit souvent insuffisant du préposé, et il dut s'établir ainsi dans les usages commerciaux que chacun, préposé et tiers, comptait sur le préposant. C'est cet usage que sanctionna le prêteur dans son édit. Le texte des édits confirme encore la théorie dominante. Selon M. Lenel, *op. cit.* et *Das Edictum perpetuum*, § 101 et 102, ces textes peuvent être reconstitués comme suit : *Quod cum magistro navis gestum erit ejus rei nomine, cui ibi praepositus fuerit, etc. et, Quod cum institore gestum erit ejus rei nomine, cui praepositus fuerit, etc.* « Or, dit M. Lenel,

patrimoine du mandant, que le mandataire eût déclaré agir au nom du mandant, — il suffisait que le tiers ait su traiter avec un mandataire et ait eu l'intention d'entrer en relations directes avec le mandant. C'est la doctrine de Dumoulin, de Casaregis, de Pothier ¹²⁴.

étant donné la sévérité bien réfléchie du langage des édits, je crois pouvoir attacher une grande importance à ceci, qu'il y est dit : « *si cum magistro... si cum institore* », et non « *si a magistro, si ab institore*. » Quant au *magister navis* et à l'*institor*, même lorsque l'un ou l'autre auraient agi sans faire connaître leur sphère d'action, mais qu'ils auraient traité objectivement dans le rayon de leur sphère, on pouvait dire d'eux qu'ils avaient agi *nomine ejus rei*. Or, dans l'édit, il est question du *gerere* de l'autre partie contractante, et, lorsqu'on veut attribuer à celle-ci le *gestum ejus rei nomine*, sans qu'elle eût connu le but auquel était destiné l'affaire traitée, il me semble qu'au point de vue de la langue, cette interprétation n'est guère admissible. » D'ailleurs, en fait, les fonctions d'*institor* ou de *magister navis* étaient, comme aujourd'hui celles des représentants de commerce, connues du public, qui savait bien alors si tel *institor* agissait dans sa sphère d'action. — Enfin, puisque l'on admet qu'il n'y a action *adjecticia qualitatis* que si le préposé a agi dans les limites de sa sphère d'action, comment le tiers avec lequel il conclut peut-il voir si l'affaire qu'il conclut avec lui rentre dans cette sphère, s'il n'a pas été mis à même de constater ce rapport par la connaissance du fait de la préposition ?

La conclusion à tirer de ceci, c'est qu'à Rome il faut, mais il suffit que le tiers ait connu le fait de la préposition pour que lui soient données les actions *adjecticia qualitatis*. Aujourd'hui, pour qu'il y ait représentation, on exige une condition de plus : que le représentant et le tiers aient eu l'intention de faire produire les effets de l'acte qu'ils concluent dans le patrimoine du représenté ; mais pourquoi exiger que cette intention du représentant soit portée à la connaissance du tiers par le représentant lui-même ? Comme à Rome, le lien direct doit se trouver formé entre représenté et tiers contractant, même lorsque le fait de la préposition a été porté à la connaissance du tiers par d'autres que le représentant.

124. DUMOULIN, *De fiefs*, t. 33, édit, 1863, t. I, § 863, n° 23, déclare qu'un achat fait *nomine proprio* par un mandataire peut produire effet direct dans le patrimoine du mandant. — CASAREGIS, *Discursus* 43,

68. — 3^e Enfin, dans le droit moderne, on trouve des exemples de représentation, bien que le représentant n'ait pas agi au nom du représenté. Nous prendrons, à titre d'exemples : la déclaration de command, l'assurance-accidents collective contractée par un patron au profit de ses ouvriers, les assurances contractées pour le compte de qui il appartiendra.

a) *Dans la vente avec déclaration de command, il y a représentation, bien qu'au moment de la conclusion du contrat, le représentant ne déclare pas le nom du représenté.*

69. — Il n'y a guère de situation moins bien définie que celle de la personne qui achète en son nom sous la réserve de déclarer command ou d'élire ami. Cela tient peut être à ce que cette clause est peu usitée dans la pratique, et certainement moins fréquente qu'elle ne l'était dans l'ancien droit. La plupart des anciens auteurs ⁴²⁵ examinent la déclaration de command

n^{os} 39-40. — POTHIER, *Du mandat*, n^o 88. Dans l'exemple cité par Pothier il y a bien action directe du tiers contre le mandant, mais le mandataire est lui aussi tenu.

⁴²⁵ 125. Comp. notamment GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Lugduni Batav. 1649, ad l. 6 C. *si quis alteri vel sibi*. — VOET, *ad Pandectas. Tit. de contrah. emptione*, n^o 8. — FABER, *Codeæ definitionum*, 1645, liv. 4, tit. 34-1.

et les difficultés qu'elle soulève; le Code civil au contraire la passe sous silence, et les recueils d'arrêts n'en donnent que de rares applications.

Cependant deux points sont actuellement admis : d'un côté, il n'y a pas à distinguer si l'acheteur a été commandé ou s'il s'est réservé de choisir un ami; et, d'un autre côté, lorsque le command ou l'élu accepte le contrat de vente, il est tenu directement et *ab initio* de l'acquisition ^{125 bis}.

Mais quelle est la situation du command? Est-il tenu, reste-t-il au contraire en dehors du rapport qui existe entre le vendeur et l'acquéreur véritable? En un mot, est-il représentant? Là gît toute la difficulté.

70. — La plupart des auteurs sont hostiles à l'idée de représentation ¹²⁶, et voient dans la déclai-

^{125 bis}. Cf. TROPLONG. *De la vente*, t. I, nos 64 et suiv.

¹²⁶. — V. GARNIER, *Répert. général de l'enregistrement*, 5^e édit., n° 3876. « Le command n'est ni un prête-nom, en ce que, d'un côté, il ne se présente pas comme maître apparent de l'affaire, et que, de l'autre, il n'agit pas en vertu d'un mandat préexistant quoique secret, mais pour lui, sauf l'événement d'une sorte de condition résolutoire qui, en se réalisant, effacera son intervention. Il se distingue aussi, soit du mandataire, soit du commissionnaire : du mandataire, en ce qu'il ne procède pas au nom du mandant, mais en son nom propre...; du commissionnaire, en ce que, dans la réalité, il ne procède pas en son propre nom, et surtout en ce qu'il se trouve implicitement délié envers le tiers dès que la déclaration de command aura lieu, la personne nommée devant prendre sa place avec effet rétroactif ». — Cf. TROPLONG, *De la vente*, p. 74 — M. CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui*, Thèse 1693, p. 175, note 1, est un des rares auteurs à déclarer que le commandé est un représentant. « La déclaration de command,

rationn de command un acte mixte, tenant à la fois du mandat fictif et de la stipulation pour autrui ¹²⁷. Cette théorie, est surtout le résultat de considérations fiscales ; voici comment : la propriété d'une chose ne peut pas demeurer un seul instant incertaine ; il faut qu'elle repose sur la tête de quelqu'un ; mais ce ne peut pas être sur la tête du vendeur, puisque le contrat de vente a immédiatement opéré mutation, c'est donc sur la tête de l'acheteur apparent. Or, dit-on, la stipulation pour autrui peut seule expliquer que la propriété s'arrête sur la tête du commandé jusqu'au moment de la déclaration du command. La conséquence logique de ce système ? La déclaration de command opère un transfert de propriété entraînant la perception d'un droit de mutation. Par exception, l'administration de l'enregistrement ne veut pas percevoir un double droit de mutation. Pour cela, on a recours à l'idée d'un mandat fictif ; « on abandonne la théorie de la stipulation pour autrui » qui fait reposer la propriété sur la tête du commandé « pour celle du mandat fictif qui la fait trans-

dit-il, est simplement un acte de représentation, avec ou sans mandat, suivant les cas. Tous les effets du contrat, au point de vue passif, se réalisent dans la personne du tiers désigné. Nous ne trouvons plus le critérium du contrat en faveur des tiers : la contre-partie de l'engagement du promettant n'est pas fournie par le prétendu stipulant, mais par le bénéficiaire lui-même. »

127. TROPLONG, *op. cit.*, n° 65, p. 15.—GARNIER, *op. cit.*, n° 3877-3878,

« porter du vendeur au command élu » ¹²⁸.

71. — Cette construction d'une situation juridique mixte, tenant à la fois du mandat et de la stipulation pour autrui, rapports essentiellement différents ¹²⁹, n'a que le mérite d'être ingénieuse. Ce n'est pas une théorie juridique que l'on nous présente, ce n'est même pas une théorie traditionnelle : c'est une théorie utilitaire.

Nos anciens auteurs soutenaient, au contraire, un système opposé. Tandis qu'aujourd'hui on admet, malgré l'effet rétroactif de la déclaration ou de l'élection, que la propriété ne passe qu'indirectement sur la tête du command, après avoir d'abord reposé sur celle du commandé, on disait autrefois qu'il y avait effet direct. L'acquéreur, commandé ou électeur, était regardé comme n'ayant jamais traité avec le vendeur ; il était censé n'avoir jamais acquis, et aucune obligation ne se fixait sur sa tête. — Le command tenait directement ses droits du vendeur ; le commandé restait complètement en dehors du rapport, et ne pouvait être inquiété en aucune façon.

Ce système, défendu notamment par Voët ¹³⁰, était généralement adopté dans notre ancien droit. La meilleure preuve en est, ainsi que

128. GARNIER, *loc. cit.*

129. V. *infra*, deuxième partie.

130. VOËT, *ad Pandectas*, tit. *si ager recting-rindic*, n° 14.

le constate Troplong ¹³¹, qu'il fut adopté par le législateur français dans la loi des 13 septembre-16 octobre 1791.

Mais ce qu'il est surtout intéressant de remarquer, c'est que cet effet direct était justifié par l'idée de mandat, le commandé étant mandataire du command : un mandat exprès fut d'abord exigé, puis on se contenta d'un mandat présumé ¹³², et enfin l'effet direct fut admis sans qu'il y eût lieu de présumer le mandat. « La rétrocession est affranchie des lods, dit un auteur ¹³³, *toutes les fois qu'il paraît que l'intention de l'acquéreur n'était pas d'acheter pour lui-même.* On va plus loin : il ne faut plus de mandat antérieur ; il n'est même pas nécessaire de le présumer. »

Voilà donc nos anciens auteurs qui admettent d'une façon absolue l'effet direct et immédiat dans le patrimoine du command, disons mieux, du représenté. C'est bien au résultat de la représentation que l'on arrive, et comment le justifie-t-on ? Par l'idée même de mandat.

On objecte aujourd'hui : vous ne pouvez pas parler dans la déclaration de command de

131. TROPLONG, *loc. cit.*, p. 74.

132. GARNIER, *loc. cit.*, n° 3876.

133. HENRION DE PANSEY, Rép. v° *Election d'ami*.—Dans le même sens : MERLIN, Rép. v° *Vente*, p. 520; DENIZART, v° *Command* ; Cass., 4 décembre 1863 (D. 66, 1, 435, S. 66, 1, 31).

représentation ; le commandé n'est pas un représentant, et il ne peut pas être un représentant, puisqu'il agit, non pas au nom du mandant, mais en son propre nom.

72. — Or, là précisément est l'erreur, et nos anciens jurisconsultes avaient répondu à cette objection en disant : il y a création d'un lien direct entre le vendeur et le command, « toutes les fois qu'il *paraît que l'intention de l'acquéreur n'était pas d'acheter pour lui-même.* » Il importe peu que le commandé ait agi ou non au nom de son mandant : ce n'est pas le nom qu'il faut regarder, c'est l'intention.

Que faut-il pour qu'il y ait représentation ? que le vendeur ait pu croire que l'acheteur, c'est-à-dire le commandé, ne traitait pas pour lui, mais comme représentant ; que cet acheteur, bien que parlant *en son nom*, avait l'intention d'agir pour un autre, avait la *contemplatio domini*. Et, le vendeur partageant avec lui cette *contemplatio domini*, l'effet de la représentation se produit : la chose vendue entre directement et immédiatement dans le patrimoine du command.

Quelle conclusion tirer de là ? Que l'agissement au nom d'autrui n'est pas nécessaire pour qu'il y ait représentation : le nom n'est rien, l'intention est tout. Le nom, c'est une indication qui, normalement, traduit l'intention ; mais, s'il

se dégage des faits une intention qui contredise le nom, c'est à cette intention qu'il faut s'en tenir. L'agissement au nom d'autrui est de la nature de la représentation, parce que le nom correspond le plus souvent à l'intention ; il n'est pas de son essence, parce qu'une personne, bien qu'agissant en son nom — c'est le cas de l'acheteur à command — peut avoir l'intention de rester en dehors du rapport qu'elle crée. Si le tiers partage cette intention, il y a représentation : c'est l'application toute naturelle des principes que nous avons posés.

L'assurance collective contractée par un patron en son nom pour ses ouvriers, va nous fournir un nouvel argument à l'appui de notre thèse.

b) *Dans l'assurance-accidents collective contractée par un patron au profit de ses ouvriers, il y a représentation, bien que le représentant n'agisse pas au nom des représentés.*

73. — L'assurance-accidents collective a donné lieu, dans ces dernières années, à de vives controverses pour déterminer la nature juridique de cette opération. Nous démontrerons que les règles de la gestion d'affaires sont seules applicables, et que seule la théorie de la représentation répond au but poursuivi dans l'assurance-accidents. C'est en outre un exemple

frappant de représentation, dans lequel il n'y a pas agissement par le représentant au nom du représenté.

Nous n'envisagerons ici, bien entendu, que l'assurance-accidents *réparation*. On entend par *assurance-réparation* l'assurance contractée par un patron avec une Compagnie d'assurance, pour assurer à ses ouvriers la réparation du préjudice causé par des accidents survenus pendant le travail, mais qui n'engagent pas sa responsabilité civile dans les termes de l'article 1382 C. civ. Cette assurance pourrait être individuelle; en pratique, elle est collective, c'est-à-dire contractée par le patron dans l'intérêt de tous ses ouvriers, présents ou futurs, en bloc, sans désignation spéciale. L'assurance est faite au nom du patron; mais ce qui est important à noter; les primes sont payées à la compagnie par les ouvriers, le plus souvent au moyen de retenues effectuées sur les salaires; quelquefois, c'est le patron lui-même qui paye directement; mais comme on l'a fort bien remarqué, cela revient au même, le patron donnant un salaire moindre à l'ouvrier, en raison du sacrifice qu'il s'impose dans son intérêt. En réalité, on peut donc considérer que c'est toujours l'ouvrier qui paye les primes. L'assurance ainsi faite par le patron, est portée à la connaissance des intéressés par le règlement de l'atelier. Dans la

plupart des cas, l'assurance collective-réparation est doublée d'une assurance-responsabilité, par laquelle le patron se met à l'abri de la responsabilité qui pèse sur lui en vertu de l'article 1382 du Code civil. Ce côté de l'assurance-accidents ne nous intéresse pas ici, mais seulement l'assurance collective réparation ¹³⁴.

Or, la situation paraît bien nette : c'est le patron qui traite avec la compagnie, l'ouvrier paye les primes d'assurances. Mais quel est le créancier de l'indemnité, le patron ou l'ouvrier ? L'ouvrier n'a-t-il action que contre le patron, a-t-il au contraire une action directe contre la compagnie ? Et, si l'ouvrier a une action directe, quelle base juridique lui donner ?

Il est nécessaire, pour que l'assurance réalise son but, que l'ouvrier ait action directe contre la compagnie. — Cela est nécessaire, parce que, si les ouvriers n'ont action que contre le

134. V. : SAUZET, *Situation des ouvriers dans l'assur. collective contre les accidents*, *Rev. Critique* 1886, p. 393 et suiv. ; — AUZIÈRE, *Droits conférés à l'ouvrier par l'assurance collective*, *Rev. critique* 1887, p. 459 et suiv. ; — DE COURCY, *Le droit des ouvriers*, ch. 4 ; — TARBOURIECH, *Les assurances contre les accidents du travail*, Thèse 1884 ; — MARTIN, *Des assurances contre les accidents* ; — BENZACAR, *Les accidents du travail manuel* ; — GANOUIN, *Les accidents du travail* ; — VILLETARD DES PRUNIÈRES, *De l'assurance contre les accidents*. — LAMBERT, *La stipulation pour autrui*, p. 286-321, et les notes de M. Labbé dans Sirey 1885, 1, 409 et 2, 206, — 1886, 2, 49, — 1887, 2, 89, — 1889, 2, 73 ; de M. Planiol, dans Dalloz, 1893, 2, 124 ; de M. Dupuich, dans Dalloz, 1897, 2, 373 ; de M. Albert Wahl, dans Sirey, 1897, 2, 153. — M. Thaller, dans les *Annales du droit commercial*, 1890, p. 113-120. — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du louage*, t. II, nos 1341 à 1397.

patron, ils peuvent être victimes d'une collusion entre la compagnie et le patron, celui-ci se refusant à actionner la compagnie. Ils ont bien, il est vrai, le bénéfice de l'article 1166 pour agir contre la compagnie en exerçant l'action du patron; mais ce n'est là qu'un remède bien faible, si le patron est en faillite : les sommes versées par la compagnie tombant dans le patrimoine du patron, l'ouvrier créancier devra subir le concours des autres créanciers. Situation inique assurément : c'est l'ouvrier qui a payé les primes, non le patron, et il ne touchera qu'une quote-part de l'indemnité qui, cependant, est la représentation des primes, et devrait aller intégralement à ceux qui les ont payées, c'est-à-dire aux ouvriers.

Mais le moyen d'éviter ce concours, et sur quoi fonder une action directe pour l'ouvrier ?

74. — Il faut indiquer immédiatement, pour montrer toute la difficulté de la question, que les compagnies d'assurances sont hostiles à cette action directe ; la preuve en est dans les polices, qui, presque toutes, déclarent que la compagnie n'entend se lier que vis-à-vis du patron.⁴³⁵ Sur

435. P. ex. C^{ie} l'Abeille, art. 16 : « Le présent contrat ne constitue aucune stipulation au profit de tiers, et ne crée de *lien de droit qu'entre le souscripteur et la compagnie*. » Cf. C^{ie} Le Soleil, art 5. — Voir d'autres exemples dans Tarbouriech, Thèse 1882, — et, pour les raisons qui justifient cette attitude des compagnies, la note de M. Planiol, sous l'arrêt de Rouen du 15 janvier 1892 (D. 93, 2, 124).

quel terrain se placer pour concilier des intérêts qui semblent aussi contradictoires ?

75. — Pour presque tous les auteurs, l'intérêt de l'ouvrier l'emporte, et on cherche le moyen de lui donner une action directe. Telle est aussi la tendance dominante de la jurisprudence ¹³⁶.

La jurisprudence se fonde, pour arriver à son but, sur la théorie de la gestion d'affaires. Le patron, en contractant une assurance au profit de ses ouvriers, se comporte comme un véritable gérant d'affaires ; cette gestion est ratifiée par les ouvriers, puisqu'ils consentent à une retenue sur leurs salaires pour le paiement des primes. On est donc en face de tous les éléments de la représentation ; il faut en appliquer les effets, c'est-à-dire donner à l'ouvrier représenté une action directe contre la Compagnie.

La doctrine, au contraire, se montre en général ¹³⁷ hostile à la théorie de la gestion d'affaires, et cherche un autre moyen de donner une

¹³⁶. Nous disons la tendance dominante, car la jurisprudence est loin d'être fixée dans un sens ou dans l'autre. — En effet, parmi les arrêts les plus récents, on en trouve donnant raison à tous les systèmes, Paris, 22 juin 1895 (D. 96, 2, 43 et S. 97, 2, 228 et la note), Paris, 22 juillet 1897, *Gaz. (Palais)*, 9 novembre 1897, adoptent le système de la gestion d'affaires. — Un arrêt de Douai du 15 juillet 1895 (D. 97, 2, 373) applique l'art. 1121 C. civ.; d'autres arrêts, Limoges, 4 février 1895, *Recueil périodique des assurances* 1896, p. 18 et S. 97, 2, 305, Nîmes, 2 juillet 1895 (D. 96, 2, 71 et S. 97, 2, 305), adoptent d'autres solutions.

¹³⁷. La théorie du patron gérant d'affaires a été présentée par M. Auzière, *Revue critique* 1887, p. 459 et suiv.

action directe à l'ouvrier. Les systèmes proposés sont très variés : nous n'allons pas les examiner en détail, mais seulement les indiquer ; car ce sont autant d'arguments contre le système de la représentation, auxquels nous aurons à répondre avant de l'adopter.

76. — M. Labbé ⁴³⁸ propose de s'en tenir à l'interprétation de la volonté des parties : résulte-t-il de la police que la compagnie n'a voulu créer de lien de droit qu'entre elle et le patron, on ne peut donner à l'ouvrier une action directe ; il pourra seulement user de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil.

Frappé des inconvénients qu'il y a pour l'ouvrier à se trouver en concours avec d'autres créanciers du patron, M. Tarbouriech ⁴³⁹, s'appuyant, lui aussi, sur l'intention des parties, prétend que l'ouvrier peut exercer l'action de l'article 1166 à son profit exclusif. La compagnie d'assurances n'a pas pour créancier direct ⁴⁴⁰ l'ouvrier ; mais elle a pris l'engagement envers le patron de payer directement l'indemnité à ce dernier, en qualité de *mandataire* du patron. En

438. Note sous Cassation, Ch. civ. 1^{er} juillet 1885 (S. 85, 1, 409). — Cf. Villetard des Pruniers, *op. cit.*, n° 103 et suiv., et quelques arrêts récents : Nîmes. 2 juillet 1895 ; Versailles, 24 décembre 1895 (D. 93, 2, 74 et S. 97, 2, 305). — Voir au surplus, pour les décisions rendues en ce sens la note de Dupuich (D. 97, 2, 373).

439. TARBOURIECH, *op. cit.*, p. 131 et suiv.

440. TARBOURIECH, *op. cit.*, § 224.

un mot, on veut faire de l'action oblique une véritable action directe. C'est là un système difficile à admettre; l'ouvrier est étranger au contrat, ce contrat ne lui confère aucun droit : comment peut-il dans ce contrat puiser le droit d'agir contre la compagnie ? « De deux choses l'une; a-t-on répondu ⁴⁴¹ : ou l'ouvrier a une action contre la compagnie, mais alors le contrat d'assurance lui a conféré un droit contre l'assureur; ou il est resté complètement étranger à ce contrat, qui ne produit pas d'effets en sa personne, mais alors il ne saurait avoir action contre la compagnie. »

77.— Il semble donc, à s'en tenir à l'interprétation de la volonté des parties, qu'il soit bien difficile de donner à l'ouvrier une action directe. Aussi, certains auteurs, dans l'impossibilité de trouver un fondement juridique à l'action directe, y ont-ils renoncé, et se sont arrêtés à la conception d'une double obligation liant d'un côté la compagnie au patron et de l'autre le patron à l'ouvrier. Ce dernier n'a d'action directe que contre son assureur, le patron. La théorie du *patron-assureur* est ainsi formulée par M. Plagnol ⁴⁴² : Le patron « interpose sa personne, au

441. LAMBERT, *La stipulation pour autrui*, § 279, p. 299.

442. PLANIOL, note sous Rouen (D. 93, 2, 121).— Cf. : DUPUICH, note sous Douai, 11 juillet 1893. (D., 94, 2, 173).— Un arrêt récent est dans ce sens : — Limoges, 4 février 1893 (*Rec. pér. Assurances* 1896, p. 18 et

point de vue juridique, entre eux et la compagnie; il est lui-même un point de départ ou d'arrivée pour les obligations qui prennent naissance. On a donc tort de l'appeler un simple agent de transmission; il a un rôle plus utile à jouer; on pourrait comparer tout l'édifice à un pont en deux arches: le patron est la pile centrale sans laquelle tout s'écroulerait. » Cette conception très savante a le tort d'être en contradiction manifeste avec l'intention du patron qui traite avec une compagnie d'assurances. Le patron n'a certes pas voulu se constituer l'assureur de ses ouvriers, être tenu personnellement de l'indemnité; sous prétexte d'interpréter la volonté des parties, on dénature le contrat d'assurance; on méconnaît son but, puisque l'ouvrier, n'ayant d'action que contre le patron, court le risque de son insolvabilité. Puisque l'ouvrier paye toutes les primes, il doit avoir toute l'indemnité: c'est à la compagnie qu'il verse les primes, non au patron; c'est à la com-

S., 97, 2, 305). — M. Planiol ne voit que deux moyens de donner à l'ouvrier une action directe contre le patron: ou bien que le patron traite *au nom* de ses ouvriers comme véritable gérant d'affaires, ou bien qu'il délègue à l'ouvrier sa créance contre la compagnie. Le premier moyen n'est guère pratique, et, d'ailleurs, il est inutile d'y avoir recours, le gérant d'affaires pouvant agir en son nom propre, pourvu qu'il ait l'intention partagée par le tiers d'agir pour autrui. Quant au second moyen, il suppose que le patron est créancier de la compagnie; mais l'intention du patron est précisément de rendre, non pas lui, mais ses ouvriers, créanciers directs.

pagnie qu'il doit avoir directement à réclamer le versement de l'indemnité. C'est une action directe qu'il faut à l'ouvrier : le moyen de la lui donner ?

78. — Il est dans la théorie de la stipulation pour autrui, a-t-on dit ⁴⁴³ ; elle seule offre un terrain d'entente entre les compagnies et la jurisprudence. Le patron stipule en son nom de la compagnie qu'elle versera une indemnité à autrui, c'est-à-dire à l'ouvrier : on est bien dans le cadre de l'article 1121. Dès lors, le tiers bénéficiaire, l'ouvrier, a un droit personnel et direct contre la Compagnie.

Théoriquement, l'assurance collective peut être coulée dans le moule de la stipulation pour autrui ; en pratique, cela n'est pas possible. Pour appliquer l'article 1121 à l'assurance collective, il faudrait, en effet, que les tiers bénéficiaires fussent nominativement désignés dans l'assurance ⁴⁴⁴. Or, dans la police de l'assurance collective, la désignation est faite en bloc ; on assure tout le personnel présent et futur d'un atelier ⁴⁴⁵ ; il est donc impossible de donner au

⁴⁴³. Voir notamment : LAMBERT, *op. cit.*, p. 397 et suiv. ; — VIGNES, *op. cit.*, p. 478 et suiv. — Cf. : Nîmes, 24 avril 1882 (D., 86, 4, 201) ; Paris, 4 juillet 1893 (*Rec. pér. Assur.* 1896, p. 76). Douai, 11 juillet 1893 ; déjà cité.

⁴⁴⁴. Cf. DUPUICH, note (D., 97, 2, 373,) — *Contra* Lambert, *op. cit.*.

⁴⁴⁵. C'est notamment le cas dans l'espèce soumise à la Cour de Douai, 11 juillet 1893, précité : la Cour a cependant fait l'application de l'art. 1121.

bénéficiaire de l'assurance une action directe fondée sur l'article 1121.

79. — Pour prendre un biais entre la théorie de la gestion d'affaires et les autres systèmes proposés, on a essayé d'appliquer ici les règles de la commission d'assurance. M. Thaller, dans un article très pénétrant, a cherché à démontrer que le patron était le commissionnaire d'assurance de ses ouvriers.

« Chaque fois, écrit M. Thaller ¹⁴⁶, que l'on fait une opération pour le compte d'un autre, on se place sous les règles du mandat. Le patron agit-il pour lui-même ? En réalité, il a négocié une opération pour d'autres une opération dont les bienfaits doivent se traduire au profit d'individus placés à côté de lui ou derrière lui. Si ce n'est pas là un mandat, on cherche vainement pourquoi. » Qu'on ne dise pas que, la compagnie ne voulant traiter qu'avec le patron, il ne peut être question de mandat ; car « tout mandat n'est pas un acte de représentation ». Il existe une institution particulière désignée sous le nom de commission. — Sans doute, le tiers, c'est-à-dire la compagnie, ne pourra être actionné que par le patron ; mais, entre le patron et chaque ouvrier, les règles du

146. V. THALLER, *De l'action directe des ouvriers contre l'assureur dans l'assurance collective accidents*. Annales du droit commercial 1890 (Doctrines), p. 113 à 120.

mandat reprennent toute leur portée. Par suite, les ouvriers n'auront pas à subir le concours du patron, au cas de faillite de celui-ci, puisque, quand la question se circonscrit entre les ouvriers et le patron, la notion du mandat prévaut ; l'opération est censée conclue par les ouvriers, et la créance d'indemnité s'ouvre directe pour eux.

En un mot, l'assurance collective contractée par le patron pour ses ouvriers peut être assimilée à l'assurance contractée par un commissionnaire d'assurance maritime « *pour le compte de qui il appartiendra* ». De même que le commissionnaire de l'assurance maritime, il signe non comme propriétaire, mais comme commissionnaire ; il ne nomme pas non plus les commettants : l'assurance est faite pour le compte de qui il appartiendra. » Une simple observation suffirait au besoin à faire rejeter la théorie de la commission d'assurance : souvent l'assurance est contractée pour le personnel présent et *futur* de l'atelier ; comment soutenir, alors, que le patron est commissionnaire de commettants qui n'existent pas encore ? Cela ne peut se discuter.

Mais, dans le cas même où l'assurance est contractée pour le personnel présent, il n'est pas exact de voir dans le patron le commissionnaire de ses ouvriers. Les ouvriers ne donnent pas

mandat exprès ou tacite au patron de traiter pour eux ; le patron agit de son initiative, et c'est seulement lorsqu'il a traité avec la compagnie que les ouvriers en sont avertis par le règlement de l'atelier.

80. — Pour nous, la théorie de la Cour de cassation est la seule vraie ¹⁴⁷ : l'ouvrier a une action directe contre la compagnie, parce que le patron, en l'assurant, a fait acte de gérant d'affaires. Le patron n'est pas un assureur ; il ne stipule pas en faveur d'autrui dans les termes de l'art. 1121 ; il est un représentant. Il gère l'affaire de ses ouvriers ^{147 bis} ; et, du jour où les ouvriers ratifient cette gestion en consentant à une retenue sur leurs salaires pour le paiement des primes, ils ont action directe contre la compagnie. L'étude à laquelle nous nous sommes livré sur la théorie de la représentation va nous permettre de donner un appui solide au système de la gestion d'affaires, et de montrer

147. Les arrêts sont nombreux qui adoptent le système de la gestion d'affaires. Voir notamment : Cassation, 1^{er} juillet 1883 (D. 83, 1, 20) ; Rennes, 22 mars 1887 (D. 88, 2, 224) ; Nancy, 29 avril 1893, (*Rec. pér. Assur.* 1894, p. 34) l'arrêt de Paris du 22 juin 1895 et celui du 11 juillet 1897 précités.

147 bis. Pendant l'impression de cette étude a paru le *Traité du Louage*, de MM. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. Ces auteurs adoptent la théorie de la gestion d'affaires. « Au surplus, disent ces auteurs, *il n'est pas plus de l'essence de la gestion d'affaires que du mandat que le gérant contracte au nom du maître ; il suffit que le gérant agisse pour le compte du maître, au profit de ce dernier, et dans le but de lui procurer avantage.* » (T. II, n° 1344, p. 148.)

qu'il se crée bien entre la compagnie d'assurances et l'ouvrier un rapport direct, le rapport de représentation ; en même temps, et c'est là surtout notre but, nous apporterons un argument de plus pour soutenir que l'agissement au nom d'autrui n'est pas de l'essence de la représentation.

La première tendance, il ne faut pas l'oublier, a été de voir dans le patron un gérant d'affaires ; on a pressenti que l'on était en présence d'un cas de représentation, et une fausse notion de la représentation, une analyse insuffisante du contrat par représentant ont seules, fait abandonner cette première position.

Nous l'aurons démontré quand nous aurons répondu aux objections qui ont été faites au système de la gestion d'affaires.

81. — La souscription d'une assurance n'est pas du domaine de la gestion d'affaires, dit-on, parce que des actes d'administration, de conservation, et non d'innovation peuvent seuls constituer le quasi-contrat de gestion d'affaires. Le gérant ne peut entreprendre d'affaires nouvelles ; or, le patron qui souscrit une assurance au profit de ses ouvriers ne fait pas un acte conservatoire, donc il n'est pas un gérant d'affaires ¹⁴⁸.

148. Cette objection a été faite tout récemment par M. Dupuich dans une note très savante (D., 97, 2, 373). M. Dupuich invoque plusieurs

La première partie du raisonnement est seule exacte : un acte conservatoire est seul un acte de gestion. Mais il s'agit de s'entendre sur le sens du mot acte conservatoire. Qu'est-ce donc que conserver? C'est prévenir et éviter une perte ¹⁴⁹, empêcher l'appauvrissement d'un patrimoine. Que fait une personne lorsqu'elle cultive les terres de son voisin absent? Elle fait un acte conservatoire, c'est-à-dire qu'elle évite au propriétaire la perte qui résulterait pour lui de la non-culture de ses terres. Or, que fait le patron lorsqu'il stipule d'une compagnie d'assurances une indemnité à verser à ses ouvriers en cas d'accident? Il prévient la perte pécuniaire qui résulterait pour l'ouvrier blessé et sa famille de son impossibilité de travailler : tout homme valide représente un capital ; sa mort ou son infirmité sont pour lui et sa famille une perte pécuniaire, un appauvrissement de leur patrimoine. — Si le patron l'assure, c'est précisément pour prévenir et éviter cette diminution de patrimoine. Il fait donc un acte conservatoire au premier chef : il ne change pas une situation, il la maintient ; il n'innove pas, il conserve. Il con-

auteurs qui déclarent formellement que gérer, c'est conserver, administrer, non innover. — Voir : *Instit.*, liv. 3, t. xxvii, § 1 ; — ULPEN, 1, *D. de negotiis gestis*, 3, § ; GODEFROY, sur la loi 11, *D., cod. tit.* — LAROMBIÈRE, art. 1382, n° 1 : — DEMOLOMBE, *Des contrats*, t. viii, n° 108 ; — AUBRY ET RAU, t. iv, § 343, texte et note 19.

149. Comp. Dict. de Littré v° Conserver.

serve; donc il est bien le gérant d'affaires, le représentant de ses ouvriers.

Mais d'autres objections viennent nous barrer le chemin : quelle en est la valeur ?

82. — On a dit ⁴⁵⁰ : l'assurance collective est faite au profit de personnes indéterminées ; les ouvriers ne sont pas désignés dans la police, la compagnie ignore quel ouvrier sera blessé ; or, nul ne peut être le gérant d'affaires de personnes indéterminées.

Il y a deux réponses à faire : d'abord les ouvriers bénéficiaires de l'assurance ne sont pas des personnes indéterminées ; du jour, en effet, où ils ont subi la retenue sur leurs salaires, on ne peut plus dire qu'il y a incertitude sur la personne de ceux qui doivent profiter de l'assurance ⁴⁵¹.

Et puis admettons qu'il y ait bien personnes indéterminées, cela ne prouve pas encore qu'il n'y ait pas gestion d'affaires ; car on rentre dans la question de savoir s'il est nécessaire, pour qu'il y ait représentation, que le représentant agisse au nom du représenté ; or, dans le cas où l'acquéreur achète sous réserve d'élire un ami, il y a bien personne indéterminée, et cependant nous avons vu qu'il fallait conclure, dans ce cas,

⁴⁵⁰. VIGNES, *op. cit.*, p. 18).

⁴⁵¹. Cf. : SAUZET, *Rev. critique* 1886, p. 362 et suiv. ; — LAMBERT, *op. cit.*, p. 313.

à une véritable gestion d'affaires ⁴⁵². Entendons bien qu'il s'agit dans les deux cas de personnes indéterminées, mais déterminables ⁴⁵³.

83. — Il n'est pas plus exact de repousser la théorie de la gestion d'affaires, par la raison que les polices désignent comme bénéficiaires les ouvriers nés ou à naître de l'ouvrier sinistré, ou encore le personnel présent et futur de l'atelier ⁴⁵⁴ et qu'on ne peut pas gérer l'affaire d'une personne future ⁴⁵⁵.

Cette manière de voir tient à une notion imparfaite de la théorie de la représentation. Si le représentant n'est que l'organe de la volonté du représenté, certes il ne peut représenter une personne future, c'est-à-dire déclarer la volonté d'une personne qui n'existe pas. Si, au contraire, ainsi que nous l'avons montré, le représentant déclare sa propre volonté, il n'y a plus de raison pour ne pas pouvoir représenter une personne future. Et de fait, nous avons indiqué ⁴⁵⁶ des cas de représentation de personnes futures.

452 V. *Supra*, n° 72. — D'ailleurs, quand le gérant, croyant faire l'affaire d'une personne, fait en réalité celle d'une autre, il y a bien indétermination de la personne du géré, et dans ce cas on admet qu'il y a gestion d'affaires. — Cf. AUBRY ET RAU, § 441, texte et note 4.

453. V. sur la distinction entre les personnes indéterminées, mais déterminables, LAMBERT, *op. cit.*, Thèse fr. § 129, et DEMOLOMBE, *Donations et testaments*, n° 606 et 607.

454. Comp. Douai, 11 juillet 1893, précité.

455. LAMBERT, *op. cit.*, p. 314, n° 294.

456. Voir *supra*, n° 47, p. 70.

84. — Un dernier argument a été fait contre le système de la gestion d'affaires. C'est celui-là qui nous intéresse surtout ; il semble très fort, et on peut affirmer que c'est lui qui a fait abandonner par tous les auteurs la théorie de la gestion d'affaires, que cependant ils auraient bien voulu appliquer pour donner action directe à l'ouvrier. On peut le formuler de la façon suivante : il n'y a gestion d'affaires que quand le gérant a stipulé au nom du géré ; or, dans l'assurance collective, le patron stipule *en son nom* ; il n'est donc pas le représentant de ses ouvriers. « Nous ne nions pas, dit M. Labbé, que le patron ait fait dans un *sens vague* l'affaire de ses ouvriers ; mais..., pour que le gérant d'affaires fasse acquérir au géré le droit par lui stipulé, il faut qu'il ait, comme le mandataire, agi au *nom d'autrui* . »

Pour renverser ce dernier obstacle à la théorie de la gestion d'affaires, il suffit de reprendre ici le raisonnement que nous avons fait à propos de la déclaration de command. Pourquoi exige-t-on, pour qu'il y ait représentation, l'agissement au nom du représenté ? Parce que le rapport de représentation n'est créé que si le représentant a l'intention d'agir pour autrui, et que si cette intention est révélée au tiers avec lequel il contracte et partagée par lui. Or, la meilleure manière d'indiquer à quel-

qu'un que l'on veut faire l'affaire d'autrui, c'est de dire j'agis au nom d'autrui. En général, le nom rend visible l'intention, il est l'intention ; il est exigé, non pour lui, mais pour l'intention qu'il révèle. Normalement, il traduit l'intention ; on en a conclu qu'il la traduisait toujours, comme si le nom ne pouvait pas être un trompe-l'œil, et comme si l'intention, élément tout subjectif, ne pouvait se révéler à autrui de mille façons. « *A priori*, a-t-on dit, faire un contrat à propos de quelqu'un, ce n'est pas nécessairement faire l'affaire d'autrui ; il faut un élément subjectif, l'intention ¹⁵⁷. » Ceci est vrai, mais l'erreur a été de croire que le nom seul pouvait indiquer l'intention.

La déclaration de command nous a fourni un exemple dans lequel une personne, bien qu'agissant en son nom, avait l'intention de faire uniquement l'affaire d'autrui. Ici, l'exemple est encore plus saisissant : le patron stipule l'assurance collective *en son nom*, c'est entendu ; mais quelle est son intention ? Agir pour ses ouvriers ; nul ne contestera cela. Sa volonté, c'est de donner une action directe à ses ouvriers contre la compagnie pour leur assurer le paiement intégral de l'indemnité. Son intention ne

¹⁵⁷. LABBÉ, note dans Sirey, 1833, 1, 40¹. — Cf. LAMBERT, *loc. cit.*, § 289, p. 309. — VIGNES, *loc. cit.*, p. 187. — PLANIOL, note D., 93, 2, 121.

peut pas être de faire profiter ses créanciers d'une indemnité qui est la représentation de primes payées par les ouvriers. Mais allons plus loin.

L'intention du patron est d'agir pour les ouvriers : quelle est l'intention des ouvriers ? Évidemment, d'avoir action directe contre la compagnie ; sans cela, ils ne consentiraient pas à payer, par une retenue sur leurs salaires, les primes d'une assurance qui pourrait, en cas de faillite du patron, ne leur profiter qu'en partie.

Or, ce sont là les éléments de la représentation : le représentant a l'intention de représenter, ce qui est essentiel, et, de plus, il a le consentement du représenté. Il y a donc représentation, c'est-à-dire que le patron crée intentionnellement un rapport direct entre la compagnie et l'ouvrier.

Il agit en son nom, dit-on ; mais il le faut bien : c'est la condition même de l'assurance collective ; puisqu'il est impossible de déterminer le nom d'un personnel changeant souvent ; de même que l'acheteur, sous réserve d'élection d'ami, ne peut agir qu'en son nom. Que signifie le nom du patron ici ? Il est simplement le symbole derrière lequel s'abritent les noms de la collectivité. Il n'est pas l'intention, et personne ne s'y trompe, ni les ouvriers ni la compagnie d'assurances. Il n'est pas l'intention ;

donc il n'y a pas lieu d'en tenir compte au point de vue de la représentation.

Si j'ai géré l'affaire d'autrui au nom d'autrui, on dit que je l'ai représenté parce que j'avais *l'intention* de le représenter ; le nom en était la preuve. Si j'ai agi en mon nom, mais qu'il n'y ait pas à se méprendre sur mon intention de faire l'affaire d'autrui, il faut encore dire que j'ai été représentant ; les circonstances de fait, à défaut du nom, le prouvent.

Le nom n'a d'autre rôle que de prouver l'intention ; l'intention est tout, et c'est revenir à un formalisme inutile que d'exiger le nom et de ne s'attacher qu'à lui, alors qu'on proclame, à chaque moment, que la règle en matière d'obligations est l'interprétation de la volonté des parties.

85. — Mais, objecte-t-on enfin, si la compagnie voit quelle est l'intention du patron, elle ne la partage pas ; la rédaction de ses polices en est la preuve ; elle ne veut pas qu'il y ait de lien entre elle et les ouvriers.

Nous croyons qu'il ne faut pas s'arrêter à cette objection.

Elle pourrait avoir une certaine force dans le cas où les ouvriers ne payent pas les primes ; mais, en règle générale, ce sont les ouvriers qui payent les primes. La Compagnie le sait ; elle accepte le paiement. Or, le versement des

primes à la compagnie par l'intermédiaire du patron, mais fait en réalité par les ouvriers, et accepté de la compagnie, crée un lien de droit entre elle et les ouvriers, et elle ne peut, par sa volonté, se soustraire à ce lien de droit ⁴⁵⁸. L'ouvrier, par suite du paiement des primes, a un droit acquis contre la compagnie, et la clause par laquelle la compagnie déclare ne pas vouloir être actionnée par l'ouvrier est contraire à l'ordre public, et ne peut priver l'ouvrier de l'action directe à laquelle il a droit ⁴⁵⁹.

La théorie de la gestion d'affaires est donc exacte ⁴⁶⁰; le patron est le représentant de ses ouvriers, et, en contractant avec la Compagnie,

458. M. THALLER, *loc. cit.*, p. 116, fait très justement observer que, si la volonté de la Compagnie était de ne pas plaider avec l'ouvrier, « les assureurs chercheraient à se réserver par là un bénéfice qu'il n'appartient à aucun pouvoir au monde de leur donner. Action directe ou non, quiconque s'engage court le risque de se voir inquiété par un autre que sa contre-partie. L'ingérence des créanciers dans les actions de leur débiteur est un droit reconnu par l'article 1163, et auquel il ne dépend de personne de se soustraire. »

459. Cf. Jugement du Tribunal de la Seine du 30 juillet 1896, *Gaz. Pal.* 1897, 4, 17, motif adopté d'ailleurs par l'arrêt cité dans la note suivante.

460. Le dernier arrêt adoptant le système de la gestion d'affaires, Paris, 22 juillet 1897 (*Gaz. Palais*, 9 novembre 1897), défend en termes particulièrement énergiques la théorie du patron gérant d'affaires : « Attendu que le contrat passé entre lui (l'ouvrier) et la compagnie constitue une gestion d'affaires d'autrui dans le sens de l'article 1372 C. civ., gestion qui a été ratifiée par l'ouvrier au moyen du paiement de prime effectué par des retenues sur son salaire; que, dans ces conditions, il s'est formé entre la Compagnie et l'ouvrier un lien de droit qui, en cas d'accident, obligeait ladite compagnie envers l'ouvrier. »

il crée un rapport de représentation qui confère à l'ouvrier une action directe. Au fond, le système de la gestion d'affaires n'a été repoussé que par suite de cette idée inexacte que, pour représenter, il faut agir au nom du représenté. Or, nous avons montré ce que cette idée, juste dans la plupart des cas, avait de trop absolu : l'assurance pour le compte de qui il appartiendra va, du reste, nous en fournir une nouvelle preuve.

c) *Dans les assurances contractées pour le compte de qui il appartiendra, il y a représentation, bien que celui qui traite avec la compagnie d'assurances ne parle pas au nom du représenté.*

86.—L'assurance pour le compte de qui il appartiendra, usitée en matière d'assurances terrestres⁴⁶¹, est surtout employée en droit maritime. On entend, en droit maritime, par assurance pour le compte de qui il appartiendra, l'assurance contractée par un commissionnaire parlant en son nom, mais dans l'intention d'en faire profiter celui qui au moment du sinistre sera propriétaire de la chose assurée et porteur du connaissement.

Comme tout commissionnaire, celui-ci contracte en son nom; mais, à la différence des

⁴⁶¹. Cass. 2 juin 1833, S. 83, 1, 449 et Dalloz, 87, 1, 43. — Paris, 3 juillet 1880, D. 90, 1, 411 et les renvois.

autres, la loi exige (art. 332 C. com.) qu'il déclare agir en qualité de commissionnaire. Toutefois, en pratique, le commissionnaire se borne à déclarer dans la police qu'il contracte l'assurance en son nom pour le *compte de qui il appartiendra*¹⁶². Les raisons de taire le nom du véritable intéressé? C'est surtout la nécessité du commerce : le secret est souvent nécessaire à la réussite des opérations commerciales ; de plus, les marchandises changeant souvent de mains, il est bon que la même assurance puisse profiter aux propriétaires successifs qui se trouvent ainsi assurés d'avance. Aussi cette forme d'assurance est-elle d'un usage à peu près constant¹⁶³.

Ce qui nous intéresse ici, ce sont seulement les rapports créés par l'assurance entre le commissionnaire et la compagnie, entre la compagnie et le commettant. Or, à la différence de la

162. V. LYON-CAEN et RENAULT, t. VI, n° 1192. Le commissionnaire stipule aussi quelquefois pour le *compte des intéressés*, pour le *compte de la personne qui sera nommée au connaissance*. La même formule est usitée dans les autres pays : *For whom it may concern ; für rechnung von es angeht ; per conto di chi spetta*. — Voy. : EMILE CAUVET, *Traité des ass. maritimes*, 1879, t. I, p. 55 ; — DESJARDINS *Traité des droit maritime*, t. VI, n°s 1312 et suiv. ; — note de M. LEVILLAIN, sous Amiens, 10 juin 1887 (D., 87, 2, 17). — Voir aussi CASAREGIS, *op. cit.*, *Disc.* 4, n°s 2 et 10 ; — TROPLONG, *Du mandat*, n° 554 ; EHRENBURG, *Die Versicherung für fremde Rechnung*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1891, 30, p. 422-482.

163. EMILE CAUVET, *op. cit.*, p. 56. — DANJON, *Droit maritime*, p. 290, n° 154.

commission ordinaire, dans laquelle le commissionnaire devient seul créancier ou débiteur des tiers avec lesquels il traite, ici le commettant devient seul créancier direct ; seul, il a le droit de toucher l'indemnité ¹⁶⁴. Telle est donc la solution : le commissionnaire stipule en son nom, il paie les primes à la compagnie d'assurances ; mais c'est le commettant qui a le droit d'agir directement contre la compagnie, le commettant qui n'a pas été nommé dans la police, et dont le nom est seulement connu après le sinistre. En présence de quel rapport de droit sommes-nous donc ? Le commissionnaire n'agit pas au nom d'autrui, mais en son nom ; il semble donc que la doctrine française devrait dire : ce n'est pas un représentant.

Or, il n'en est rien, et le principe de la représentation est admis. L'assurance pour compte, dit-on, constitue soit un *mandat*, soit une *gestion d'affaires*. Les conditions essentielles de la gestion d'affaires se trouvent en effet remplies, puisque l'assuré contracte, sans y être obligé, dans l'intérêt d'autrui. Il est vrai que le maître de l'affaire n'est pas toujours actuellement connu ; mais cela importe peu, car il n'est pas nécessaire que le gérant ait eu en vue telle personne ¹⁶⁵. Et le même principe est admis par

164. LYON CAEN, *loc. cit.* ; — CAUVET, *op. cit.*, T. I, p. 63.

165. Note anonyme sous cass., 5 mars 1888 (S. 88, 1, 313).

M. Cauvet¹⁶⁶ : Dans le rapport du commettant et de l'assureur, écrit-il, le contrat peut se décomposer en deux périodes : « Dans la première période, c'est-à-dire après la révélation qui suit le sinistre, le commettant est *représenté* par le commissionnaire ; dans la seconde période, le commissionnaire s'efface, le commettant a seul le titre de créancier. »

87. — On a objecté cependant¹⁶⁷ que, puisque le commissionnaire devait payer les primes, on ne pouvait voir là un rapport de représentation ; car « l'idée de représentation s'oppose à ce que le représentant reste, en vertu du contrat, directement et personnellement obligé. Il est alors nécessaire de recourir à une autre conception qui corresponde mieux à la position respective des contractants et à celle du tiers. Or, que fait en substance le stipulant, sinon de s'obliger lui-même au paiement des primes à la compagnie, pour que celle-ci s'oblige à payer l'indemnité à celui qui, au jour du sinistre, prouvera qu'il est propriétaire de la chose assurée ? C'est donc bien le cas d'une stipulation en son nom propre en faveur d'un tiers. Seulement, la personne du tiers reste inconnue et incertaine jusqu'au moment où naîtra le droit. »

166. CAUVET, *op. cit.*, n°s 114-115.

167. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 318, p. 371 et *Dei contratti a favore di terzi*, § 109, p. 293 et suiv.

Un autre auteur repousse aussi la théorie de la représentation, et voit dans l'assurance *pour le compte de qui il appartiendra* un acte mixte, tenant le milieu entre la représentation et la stipulation pour autrui ¹⁶³. « Quant à l'exercice des droits dérivant du contrat, celui qui stipule l'assurance est représentant; quant à l'exécution des obligations, il est commissionnaire; l'assuré, quant à l'exercice des droits est toujours contractant; quant à l'exécution des obligations, il ne l'est en aucune façon, ou seulement quelquefois et par exception. »

88. — Le système adopté par nos auteurs est seul exact; le commissionnaire est un représentant; l'assurance *pour compte de qui il appartiendra* crée un lien de droit, comme le dit un arrêt de la Cour de cassation ^{168 bis}, entre l'assureur et les propriétaires successifs de la chose assurée. Quand le commissionnaire traite avec la compagnie d'assurances, il a l'intention de reporter les effets du contrat sur autrui; il a la *contemplatio domini*. Telle est aussi l'intention de la compagnie, et cette intention commune crée un rapport direct entre la compagnie et le représenté. Ce représenté est futur, indéterminé; peu importe, puisque, nous l'avons vu, la gestion

163. EHRENBURG, *op. cit.*, p. 422-482, cité par TARTUFARI.

168 bis. Cass., 5 mars 1888 (S. 88, 1, 313; D. 88, 1, 317.)

d'affaires peut être faite au profit de personnes indéterminées.

On objecte que le commissionnaire ne peut être un représentant, parce qu'il est obligé au paiement des primes. Mais on sait ce que cela veut dire : le commissionnaire ne paye pas les primes de sa poche; il n'est qu'un intermédiaire pour le paiement des primes, comme le patron qui paie les primes pour ses ouvriers, et en réalité, ce sont ses commettants qui payent les primes.

Qu'on ne dise pas non plus que la représentation produit effet immédiat dans la personne du représenté, et qu'ici le droit de l'assuré contre la compagnie naît seulement au jour du sinistre ¹⁶⁹. Il suffit en effet, pour qu'il y ait représentation, que le représenté ait seul un droit contre le tiers; peu importe que ce droit ne naisse que longtemps après le contrat fait par le représentant. Le rapport de représentation peut rester pendant un certain temps occulte, sans produire aucun des effets qui lui sont propres, puis se révéler tout d'un coup et produire les mêmes effets que si l'intéressé était intervenu personnellement au contrat ¹⁷⁰. C'est ce qui se produit dans le cas d'assurance pour compte.

169. TARIUFARI, *op. cit.*, p. 370, n° 317.

170. Cf. TROPLONG, *loc. cit.*, n° 534.

Le rapport de représentation reste inerte, jusqu'au jour où l'arrivée du sinistre et la révélation du nom du commettant lui font produire ses effets; mais il est bien certain que la naissance de ces effets remonte au jour de la conclusion du contrat.

L'assurance pour compte fournit, on le voit, l'argument le plus puissant peut-être en faveur de la thèse que nous soutenons, d'après laquelle l'agissement au nom d'autrui n'est pas de l'essence de la représentation. Voilà un représentant qui agit en son nom propre et l'on dit c'est un mandataire, ou bien c'est un gérant d'affaires, en un mot un représentant. Pourquoi donc? Parce que l'on voit bien qu'ici le nom n'est plus l'image de l'intention. Le commissionnaire agit en son nom, mais son intention est contraire, il agit pour le compte d'une autre personne, bien qu'il taise son nom. Cette intention est connue du tiers; elle est ou sera approuvée par le commettant : ce sont bien là tous les éléments de la représentation. Aussi a-t-on dit : dans le cas d'assurance pour compte de qui il appartiendra, il y a représentation, bien que l'assuré ne soit pas nommé.

Dans la déclaration de command, dans l'assurance-accidents collective, tous les auteurs n'admettent pas la représentation, et ceux qui l'admettent sont hésitants. La situation est

cependant bien la même que dans l'hypothèse que nous venons d'examiner. L'acheteur, le patron agissent en leur nom ; mais, dans les trois cas, il est visible pour les tiers que le nom ne répond pas à l'intention. Ce n'est pas le nom qui la rend visible, ce sont les circonstances de fait ; mais qu'importe, puisque c'est toujours l'intention qui doit présider à l'interprétation des conventions.

La jurisprudence récente nous fournit, d'ailleurs, deux exemples très frappants qui montrent bien, rapprochés de ses dernières décisions en matière d'assurance-accidents collective, qu'il y a une tendance à ne pas exiger l'agissement du représentant au nom du représenté pour qu'il y ait représentation.

d) *Il y a dans la jurisprudence une tendance marquée à ne pas exiger l'agissement au nom du représenté pour qu'il y ait représentation.*

89. — Nous faisons d'abord allusion à l'hypothèse sur laquelle le Tribunal civil de la Seine a statué, le 9 octobre 1896. Voici les faits :

Un commis voyageur fait enregistrer ses caisses d'échantillons ; les caisses sont mises sur un chariot ; au moment où le chariot passe sur la voie, l'une d'elle tombe et est broyée par le train. Le patron actionne la compagnie en

réparation du préjudice et en dommages-intérêts. La compagnie répond que, l'enregistrement ayant été fait par le voyageur, lui seul a qualité pour agir. Le Tribunal de la Seine ¹⁷¹, dans des considérants remarquables, a décidé au contraire que la compagnie était tenue directement envers le préposant, lequel avait été représenté par son commis voyageur au moment de l'enregistrement des bagages. « Attendu, est-il dit, que les colis pris en charge par la compagnie des mains de B (commis voyageur de M) consistaient en des caisses de la forme spécialement affectée au transport des échantillons ; *qu'il est constant qu'au moment où B remettait à la Compagnie les colis qui devaient l'accompagner, il agissait en qualité de préposé, c'est-à-dire de mandataire de M, son patron, et formait avec elle un contrat qui intéressait directement ce dernier ; que la forme et la nature des colis, ainsi que la carte de circulation présentée par B au moment de l'enregistrement de ses bagages, ne pouvait laisser aucun doute sur sa qualité de voyageur de commerce ; qu'un lien de droit existe donc entre elle et M dont B n'était que le mandataire, etc. »*

Voilà donc une espèce qui montre bien que l'agissement au nom d'autrui n'est pas de

¹⁷¹. Tribunal civil Seine, 9 octobre 1896 (S. 97, 2, 149). *Contra*, Valenciennes, 17 décembre 1895, rapporté au même endroit.

l'essence de la représentation. Pour représenter quelqu'un, il n'est pas nécessaire de nommer le représenté, de dire qu'on est représentant.

90. — Enfin, tout récemment, la Cour de cassation, dans un arrêt du 1^{er} décembre 1896, a proclamé en termes très nets qu'il pouvait y avoir représentation bien que le nom du représenté n'eût pas été indiqué au tiers¹⁷².

L'espèce sur laquelle a statué la Cour suprême est la suivante : une expédition de marchandises avait été faite par l'entremise d'un commissionnaire. Une certaine quantité de ces marchandises, des balles de drap, étant arrivées en retard au destinataire, celui-ci les refusa. Alors, l'expéditeur attaqua directement la compagnie chargée du transport, en réparation du préjudice que lui causait ce laissé pour compte, occasionné par le retard de la compagnie. La compagnie opposa que, *le nom de l'expéditeur réel* n'ayant pas été mentionné dans la lettre de voiture, elle ne pouvait être liée directement envers lui. La Cour de Nancy, confirmant un jugement du Tribunal de Sedan, déclara qu'il y avait un lien de droit entre l'expéditeur réel et le voiturier, et condamna la compagnie. — Pourvoi ayant été formé en cassation, fondé sur ce que l'arrêt avait déclaré recevable une action

172. Cass., 1^{er} décembre 1896 (S. 97, 1, 189).

en dommages-intérêts intentée contre le voiturier, par des tiers non dénommés dans la lettre de voiture, la Cour rejeta ce pourvoi : « Attendu qu'aux termes de l'art. 101 C. com., lorsqu'une expédition de marchandises est faite par l'entremise d'un commissionnaire, la lettre de voiture forme contrat entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier ; que l'expéditeur est donc autorisé à s'en prévaloir, et *peut directement agir contre le voiturier ; que la loi n'exige pas qu'il soit dénommé dans la lettre de voiture, et qu'il suffit, par suite, que sa qualité soit dûment établie.*

De cette solution, deux conclusions en réalité se dégagent : 1° le commettant, à la différence de ce qui existe ordinairement, a une action directe contre le tiers avec lequel a traité le commissionnaire ; 2° il a cette action directe, bien que le tiers n'ait pas connu son nom. Comment expliquer cela ?

Par l'article 101 du Code de commerce, répond l'arrêt, conformément à la doctrine généralement enseignée par les auteurs. Cet article dit que « la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier », ce qui veut dire que la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur d'une part et, d'autre part, le commissionnaire et le voiturier,

« *qui, à eux deux, ne forment qu'une partie* ¹⁷³. »

Pour nous, l'article 101 n'a rien à voir ici : il ne prouve pas qu'une action directe puisse être donnée à un représenté *dont le nom* n'a pas été révélé au tiers avec lequel le représentant a contracté.

D'abord, l'article 101 ne tranche qu'une question de preuve ; il déclare simplement que la lettre de voiture fait preuve du contrat de transport entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier ; ce texte ne dit rien autre chose.

Ensuite, comment soutenir que le commissionnaire de transports et le voiturier ne font qu'une seule partie, alors que c'est au contraire la personne de l'expéditeur qui se réunit à celle du commissionnaire, ? C'est le tiers contractant, qui a en face de lui deux personnes, le représentant et le représenté, et non pas le représenté qui a en face de lui la personne du tiers et du représentant réunies pour former une même partie.

Or, il n'est pas besoin, pour justifier la solution de la Cour de cassation, d'intervertir les rôles et de forcer le sens d'un texte de loi. La Cour suprême, comme dans beaucoup de cas, n'a pas voulu heurter de front la doctrine

173. BRAVARD-VEYRIÈRES, 2^e édit., t. II, p. 379. — LYON-CAEN et RENAUT, t. III, n^o 569. — BOISTEL, *Précis de droit commercial*, 3^e édit., n^o 538.

reçue, et c'est pour cela qu'elle invoque ici l'article 101. Mais, au fond, si une action directe est donnée à un représenté, bien que le représentant ait agi en son nom propre, c'est uniquement parce que les faits démontrent qu'il peut y avoir représentation bien que le représentant n'ait pas agi au nom du représenté. La poussée des faits vient briser le cadre trop étroit des principes reçus ; et la jurisprudence, qui subit directement cette poussée, la traduit dans ses arrêts.

Si la Cour de cassation n'exige pas que le représenté ait été nommé, c'est parce qu'elle voit que, pour qu'il y ait représentation, il suffit que le tiers ait connu le fait de la préposition. Elle donne dans ce cas l'action directe au représenté, comme jadis le prêteur romain accordait l'action *institoria* au tiers, pourvu seulement qu'il eût connu le fait de la préposition. Elle fait œuvre prétorienne, et, en définitive, on doit considérer l'arrêt cité comme faisant une brèche très forte à ce principe qu'il n'y a représentation que si le représentant a agi au nom du représenté.

II. — De la preuve de l'intention de représenter.

91. — Il peut arriver que l'intention de représenter ne se dégage pas nettement des circonstances dans lesquelles un acte a été conclu, et

que les tiers ne tombent pas d'accord avec le représentant pour décider s'il a agi comme représentant ou au contraire, dans son intérêt. Comment résoudre la difficulté ?

La question peut se présenter sous un double aspect : ou bien c'est le tiers qui demande au représentant, qu'il considère comme personnellement obligé, l'exécution du contrat, et celui-ci qui répond avoir contracté, non pas pour son compte, mais comme représentant ; ou bien ce peut être le tiers actionné par le représentant pour acquitter son obligation qui réponde : vous avez traité, non pas pour vous, mais dans l'intérêt et pour le compte d'autrui ; vous n'avez donc aucun droit pour venir me demander l'exécution du contrat. Auquel de faire la preuve ?

92. — Pour répondre à cette question, il faut se rappeler que la représentation est un phénomène juridique anormal, puisque, en règle générale, tout contrat produit ses effets dans le patrimoine de ceux dont la volonté a concouru à la formation de ce contrat ; la représentation est donc une exception. Il en résulte que, dans le doute, on doit présumer ce qui est la règle, c'est-à-dire la non-représentation. Du moment où le demandeur aura prouvé l'existence du contrat, le défendeur devra prouver que le contrat a été fait à titre de représentant. La preuve de l'existence du contrat fournit une présomption qui

doit être renversée par celui qui prétend qu'il y a eu représentation ¹⁷⁴.

Dans tous les cas, ce qui devra guider le juge dans la recherche du point de savoir s'il y a eu ou non représentation, c'est l'intention des parties, telle qu'elle résulte des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat. Il est d'ailleurs impossible de tracer sur ce point des règles fixes, chaque cas spécial exigeant une interprétation différente de la volonté des parties. Tout se réduit donc à une question de fait. Mais l'intérêt des tiers et celui du représenté s'opposent à ce qu'une personne revienne sur sa déclaration d'avoir voulu agir comme représentant ; cette déclaration faite, elle ne peut prétendre qu'elle a agi en son nom propre, et qu'il n'y a pas eu représentation ¹⁷⁵.

174. Comp. : BUCHKA, *op. cit.*, § 21, p. 230.—LABAND, *op. cit.*, p. 214, note 51, et les auteurs cités dans Mitteis, *op. cit.*, § 16, p. 149 et 150.

175. V. TROPLONG, *Du mandat*, n° 514 et suiv. ;—Plusieurs auteurs font exactement remarquer qu'il ne faut pas décider qu'il y a eu représentation, par cela seul que le contrat semble intéresser autrui, ou parce que le contractant avait le pouvoir de contracter à la fois pour son compte et pour le compte d'autrui. En effet, s'il n'use pas du pouvoir de représenter qui lui a été conféré et qu'il ait l'intention de traiter en son nom propre, il ne peut être question de représentation. Cf. Mitteis, *op. cit.*, § 16, p. 145.

SECTION III

Le représentant doit avoir le pouvoir de représenter.

93. — L'intention commune du représentant et du tiers contractant ne suffit pas à créer le rapport de représentation ; elle crée seulement le « torse d'une opération juridique ¹⁷⁶ » ; pour que l'opération soit complète, il faut en outre que le représentant ait le pouvoir de représenter.

Ce pouvoir de représenter n'est, en réalité, pas autre chose que le consentement donné par le représenté, ou par la loi dans le cas où le représenté ne peut pas lui-même consentir à l'acte fait pour lui et dont il doit profiter ou être tenu. Puisque la représentation a pour résultat de faire naître les effets d'un contrat dans le patrimoine d'une personne qui n'a pas pris directement part à sa conclusion, il faut au moins que cette personne en ait manifesté l'intention.

En admettant la formation d'un lien direct entre le représenté et le tiers contractant, la loi sanctionne donc l'intention commune du représentant, du représenté et du tiers contractant ; elle applique simplement l'article 1134 du Code civil, d'après lequel les conventions légalement

176. LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, loc. cit., p. 13.

formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Nous étudierons, à propos du pouvoir de représenter, les cinq questions suivantes :

1° Par qui peut être conféré le pouvoir de représenter ?

2° A quel moment peut-il être conféré ?

3° A qui s'adresse ce pouvoir ?

4° Dans quelle forme et par quelle personne le pouvoir de représenter doit-il être porté à la connaissance de ceux auxquels il s'adresse ?

5° Dans quelle mesure la connaissance par le tiers contractant du pouvoir de représenter a-t-elle influence sur la formation du rapport de représentation ?

94. — 1°) Le pouvoir de représenter peut émaner, soit du représenté, soit de la loi.

a) Le résultat de la représentation étant de faire produire les effets d'un contrat dans le patrimoine d'une personne comme si elle avait elle-même contracté, ceux-là seuls peuvent conférer le pouvoir de représenter qui sont aptes à contracter eux-mêmes. L'incapacité d'une personne de contracter sera donc la mesure de son incapacité de conférer le pouvoir de représenter. Cette capacité s'apprécie d'ailleurs au moment où le pouvoir de représenter est conféré ¹⁷⁷.

177. Cf. GUILLOUARD, *Du mandat*, p. 375, n° 55, et les auteurs cités.

b) En second lieu, le pouvoir de représenter peut être conféré par la loi. Citons, comme recevant de la loi le pouvoir de représenter : le père, administrateur légal ; les tuteurs, les différents curateurs ; le mari, qui a l'administration des biens de sa femme en vertu de l'article 1421 du Code civil ; les envoyés en possession des biens d'un absent (le pouvoir de représenter variant suivant que l'envoi en possession est provisoire ou définitif) ; l'héritier bénéficiaire chargé d'administrer les biens de la succession (art. 803, C. civ.) ; le syndic chargé de l'administration des biens du failli.

95. — 2^o) Il faut que le représentant ait le pouvoir de représenter ; mais il importe peu à quel moment ce pouvoir lui a été conféré, pourvu que le tiers contractant sache, au moment où il contracte, qu'il conclut avec une personne qui a reçu le pouvoir de représenter (il en est ainsi dans les cas où le pouvoir émane de la loi, et où la représentation dérive d'un mandat), ou peut recevoir ce pouvoir : c'est le cas de gestion d'affaires ⁴⁷⁸.

En un mot, le pouvoir de représenter doit

478. La ratification est, en effet, un pouvoir donné par le représenté postérieurement à l'acte de représentation ; comme le dit M. Labbé, c'est une « approbation donnée après coup » qui engendre « toutes les conséquences qui résulteraient d'un ordre préalable. » (*Ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 9, n° 5.)

toujours exister ; mais il peut être soit antérieur, soit postérieur au contrat conclu par le représentant. C'est là une conséquence de ce que nous avons dit plus haut : il suffit mais il faut que le tiers contractant sache qu'il a devant lui un représentant ou quelqu'un qui peut le devenir par le consentement postérieur du représenté ; car c'est seulement dans ce cas qu'il peut avoir l'intention d'être lié envers un autre que celui avec lequel il contracte.

96. — 3°) C'est en effet au tiers contractant que s'adresse surtout le pouvoir de représenter. Ce tiers, ne consentira à traiter avec quelqu'un qui dit agir comme représentant d'un autre que s'il sait qu'il en a le pouvoir, ou que ce pouvoir peut lui être ultérieurement conféré par une ratification. Le tiers doit être à même de connaître ou tout au moins de présumer les vues et intentions du représenté pour se sentir comme autorisé à s'engager vis-à-vis de lui en traitant avec son représentant ¹⁷⁹.

Ceci est vrai que le pouvoir de représenter émane de la loi ou du représenté lui-même, qu'il s'agisse de gestion d'affaires ou de mandat ¹⁸⁰.

179. LENEL, *op. cit.*, p. 15.

180. La question est bien controversée de savoir à qui la ratification doit être adressée pour être efficace. Les uns prétendent qu'elle doit être adressée au gérant d'affaires (KÖLLNER, *Die Grundzüge der obligatio neg. gest.*, p. 117 ; CURTIS, in *Archiv. für civ. Praxis*,

97. — 4^e) Il suffit que ce pouvoir de représenter existe ; peu importe la façon dont il se manifeste. Il peut être exprès, tacite, ou simplement présumé. Mais il faut qu'il parvienne à la connaissance du tiers contractant. Au cas de gestion d'affaires, la ratification sera portée à la connaissance du tiers contractant, soit par le représenté, soit par le représentant, et il en est de même au cas de mandat. Si le pouvoir de représenter, dérivant du mandat ou de la ratification, est porté à la connaissance du tiers contractant par le représenté, celui-ci agit alors comme simple messenger du représenté ⁴⁸¹. Il peut en donner communication soit d'une façon expresse, soit tacitement, en laissant voir au tiers contractant que le représenté a consenti à être représenté. Si, dans cette communication, soit expresse, soit tacite, le représentant s'écarte des pouvoirs qui ont été réellement conférés par le représenté, il faudra appliquer les règles qui sont édictées pour le cas où un messenger ne

T. XLVIII, p. 107); d'autres (MITTELS, *op. cit.*, § 26, p. 212-214; REGELBERGER, *Vorverhandlungen*, p. 3 et suiv.), qu'elle peut être utilement adressée à l'un ou à l'autre; d'autres (ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 458 et suiv.), qu'elle doit être adressée directement au tiers contractant. Nous croyons au contraire qu'elle doit être adressée au tiers contractant, soit directement par le représenté, soit indirectement par l'intermédiaire du représentant. De ces deux façons, le but que l'on poursuit, c'est-à-dire la connaissance du pouvoir par le tiers contractant sera atteint. — Cf.: TARTUFAR, *op. cit.*, n° 430, p. 432.

481. Cf. LENEL, *op. et loc. cit.*

remplit pas sa mission conformément aux instructions qu'il a reçues ¹⁸².

93. — 5^e) Il y a représentation toutes les fois que le représentant a agi dans les limites de ses pouvoirs, ou bien lorsque, ayant dépassé ces pouvoirs, le représenté a ratifié.

Ceci résulte de ce que le représenté ne peut être obligé que si le représentant déclare une volonté conforme à la sienne. Le rapport de représentation est, en effet, le résultat du concours de trois intentions sur un même objet.

La nécessité pour le représentant d'agir dans les limites de ses pouvoirs pour conclure un contrat qui produise immédiatement ses effets dans le patrimoine du représenté, engendre une double obligation : d'une part, obligation pour le représenté de porter le pouvoir de représenter à la connaissance des tiers ; obligation, d'autre part, pour le tiers contractant de ne pas négliger

182. Toutefois il n'est pas nécessaire que le pouvoir de représenter ait été porté à la connaissance du tiers contractant, soit par le représenté soit par le représentant. — *Contra* M. Lenel. « A supposer, dit-il, que, le tiers ait eu par hasard connaissance de la procuration donnée au représentant, cette connaissance fortuite de la déclaration ne remplacerait pas la communication qui doit lui être faite par le mandant. » Il est difficile de partager cette opinion. Quel est en effet le but que l'on poursuit ? Que le tiers puisse savoir qu'il traite avec un représentant et avoir l'intention de traiter avec un représentant ; or, il pourra avoir cette intention, pourvu qu'il connaisse le pouvoir de représenter ; mais il importe peu comment et par qui il l'a connu.

de connaître ce pouvoir, lorsqu'il est à même d'en avoir connaissance ¹⁸³.

Si le pouvoir de représenter émane de la loi, la règle que nous avons posée s'applique d'une façon absolue, et le tiers ne peut exciper de sa bonne foi pour se soustraire au rapport direct créé entre lui et le représenté.

Il en est autrement dans le cas où le pouvoir de représenter émane du représenté lui-même ; et il y aura représentation, bien que le représentant ait dépassé les limites de ses pouvoirs, si, par la faute ou la négligence du représenté, le tiers a cru de bonne foi que le représentant agissait dans les limites de sa procuration. Mais il n'en sera ainsi que s'il y a faute de la part du représenté, et que, d'autre part, il n'y ait à reprocher aucune négligence au tiers contractant. La seule bonne foi du tiers ne peut créer de lien direct entre ce tiers et le représenté, si ce dernier n'est pas en faute.

183. Cf. GUILLOUARD, *Du mandat*, n° 187 et suiv. et les renvois.

99. — L'étude que nous venons de faire de la nature juridique et des conditions de la représentation nous conduit à la définition suivante :

La représentation consiste dans la substitution complète et intentionnelle de la personnalité juridique du représentant à celle du représenté, dans le but de conclure avec un tiers un acte dont les effets se produiront directement et immédiatement dans le patrimoine du représenté ¹⁸⁴.

100. — Au nom de la logique du droit, cette conception de la représentation a été critiquée par certains auteurs ¹⁸⁵, qui prétendent que le principe de la représentation est une « monstruosité logique ». Les effets d'un contrat, disent-ils, ne peuvent naître que dans la personne des contractants originaux ; c'est seulement par le moyen d'une cession tacite qu'ils

184. On peut rapprocher de cette définition celle que donne Tartufari, *Archiv. Giur.*, t. XLIV, p. 103, § 12 : « *Rappresentare è agire in nome e per conto altrui, e cioè dar vita con la propria volontà ad un contratto col palese intendimento, condiviso dal terzo contraente, che gli effetti ne derivino immediatamente ed esclusivamente fra quest'ultimo ed il rappresentato.* »

185. Mühlenbruck, *Cession*, § 2. p. 111 et suiv., et *Pand.*, § 130 et 131 ; — Kuntze, *Obligat. und Singularsuccess*, page 264 301. — Van-gerow, *Pandekten*, § 618, p. 294. — SCHILLING, *Lehrbuch III.* p. 134. — Bähr, dans *Jahrbucher für die Dogm.* IV, p. 290 et les autres auteurs cités par Mitteis, *op. cit.*, p. 83 et notes 88-89. — Puchta, cité par Ihering, *Espr. du droit romain*, t. IV, p. 510.

pourront être ensuite transférés sur la tête du véritable intéressé, au nom duquel le contrat a été conclu. Cette solution est imposée par l'idée et l'essence même de l'obligation. » Cette raison a dicté aux Romains leur principe de la non-représentation ; la même raison doit encore faire admettre le même principe aujourd'hui.

101. — Il y a plusieurs réponses à cette objection :

D'abord, peu importe que la représentation soit, une « monstruosité logique » si elle est une nécessité pratique imposée par les besoins de la vie. C'est avoir une conception singulièrement étroite du droit que de repousser une institution au nom de la logique juridique, sans se demander comment cette institution a pris naissance et à quel but elle répond. Le droit se dégage des faits, non de la logique : chaque jour, l'édifice puissant des institutions juridiques craque de tous côtés et se désagrège sous la poussée continuelle de la vie ; et c'est une vérité devenue banale à force d'être répétée, que le droit a été longtemps vécu avant d'être écrit dans les codes. Ihering a dit de l'histoire de la peine, que c'était une « abolition constante ¹⁸⁶ » ; on pourrait en dire

186. IHERING, *La Faute en droit privé*, p. 4. — Et le même, *Esprit du droit romain*, t. IV, § 63, p. 34. écrit : « C'est méconnaître l'essence même du droit, c'est verser dans une erreur complète que de vouloir, au nom de la logique, faire de la jurisprudence la mathématique du droit. La vie ne doit pas se plier aux principes ; ce sont les

autant de l'histoire de toutes les institutions. Le principe de la représentation a aboli et remplacé le principe romain de la non-représentation ; il n'y a qu'à enregistrer ce résultat sans le faire passer par le crible de la logique.

Une autre réponse a été faite à l'objection ¹⁸⁷ : quand il serait vrai aujourd'hui qu'on doive encore, comme en droit romain, admettre le principe de l'effet immédiat dans le patrimoine du représentant et de la transmission successive au représenté, ce principe ne pourrait pas cependant être admis dans tous les cas, et il faut bien admettre la possibilité de l'effet immédiat pour certains contrats, par exemple ceux de remise de dette, de constitution de servitude personnelle ou réelle. Prenons, par exemple, les servitudes personnelles ; elles sont intransmissibles. Or, de deux choses l'une : ou la servitude personnelle stipulée au moyen d'un représentant sera acquise avant tout à ce dernier, et alors il ne pourra pas la transmettre au représenté ; ou la servitude est acquise, comme tout le monde l'admet, au représenté, et alors il est nécessaire de reconnaître que cette acquisition

principes qui doivent se modeler sur la vie. Ce n'est point la logique, c'est la vie, ce sont les relations, le sentiment juridique, qui réclament ce qui doit être, et la nécessité ou l'impossibilité logique n'ont rien à voir ici. »

187. TARTEFARI, *op. cit.*, n° 37, p. 56; note 2, p. 57, notes 1 et 2.

a eu lieu immédiatement par l'effet même du contrat et sans aucune transmission successive.

Il faut donc accepter le principe de la représentation. Il y a là certainement un phénomène juridique anormal, ayant des conditions particulières, des effets spéciaux ; mais il ne sert à rien de le critiquer, puisqu'il est le résultat de la commune intention des parties, ainsi que nous l'avons démontré en déterminant les conditions communes à toutes les hypothèses de représentation. Nous devons maintenant, pour compléter la partie théorique de cette étude, exposer les effets de la représentation.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA REPRÉSENTATION

- I.** — Effets de la représentation à l'égard du représenté. — Les droits et obligations résultant du contrat conclu par le représentant, naissent immédiatement dans son patrimoine. — Sa responsabilité à raison de la faute du représentant. — Comment se traduit cette responsabilité. — **II.** Effets à l'égard du représentant. — Il reste en dehors du rapport créé entre tiers et représenté. — Double exception à ce principe. — **III.** Effets à l'égard du tiers contractant. — **IV.** Un représentant peut-il contracter avec soi-même ? — La question dans le droit romain et l'ancien droit français. — L'art. 1596 du Code civil. — Conclusion. — Rien ne s'oppose, dans notre droit, à ce qu'un représentant contracte avec soi-même.

102. — La représentation, qu'elle ait sa source dans la loi ou dans la volonté du représenté, met en présence trois personnes : le représenté, le représentant et le tiers contractant. Il faut donc examiner les effets du rapport de représentation à l'égard de chacune d'elles. Nous résoudrons ensuite la question de savoir si un représentant peut contracter avec soi-même, c'est-à-dire réunir la double qualité de tiers contractant et de représentant.

SECTION I^{re}

Effets du rapport de représentation à l'égard du représenté

§ 1^{er}

NAISSANCE IMMÉDIATE DES DROITS ET OBLIGATIONS
DANS LE PATRIMOINE DU REPRÉSENTÉ.

103. — L'effet fondamental de la représentation à l'égard du représenté consiste en ce que le contrat conclu par le représentant produit immédiatement tous ses effets actifs ou passifs dans son patrimoine ¹⁸⁸. Bien que le représenté n'ait pas participé directement à la formation du contrat, on peut dire de lui qu'il est partie au contrat ¹⁸⁹, puisque seul il en recueille les droits et en assume les obligations.

188. Comp. : AUBRY et RAU, T. IV, § 415, n° 1 ; — GUILLOUARD, *Du mandat*, n° 184 et suiv. ; — TARTUFARI, *op. cit.*, p. 487, texte et note 1 ; — LABBÉ, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 10.

189. Le représenté n'est pas un tiers par rapport au mandat conclu par le représentant ; c'est là une différence fondamentale entre la représentation et la stipulation pour autrui. Dans les deux cas, il y a un contrat en faveur d'autrui ; mais tandis que, dans un cas, le bénéficiaire du contrat est tiers par rapport à ce contrat, dans l'autre il est partie. La stipulation pour autrui fait brèche au principe de la personnalité du contrat ; la représentation en élargit seulement les effets. De ce que le représenté n'est pas un tiers par rapport au contrat, il résulte notamment les conséquences suivantes : 1° si le contrat conclu par le représentant est soumis à la transcription pour produire effet à

§ 2

DANS QUELLE MESURE LE REPRÉSENTÉ EST-IL RESPONSABLE DE LA
FAUTE OU DU DOL DU REPRÉSENTANT ?

104. — La responsabilité du représenté à raison du dol ou de la faute du représentant est, en effet, commune à toutes les formes de représentation, mais cependant varie avec chacune d'elles. Elle est différente selon qu'il s'agit d'un cas de représentation légale ou d'un mandat.

105. — La responsabilité du représenté est fondée et mesurée sur la part qu'il a eue dans la création du rapport de représentation. Il en résulte que le représenté ne peut pas, dans le cas où la représentation lui est imposée par la loi, être responsable de la faute d'un représentant qu'il ne dépend pas de lui de changer.

Il est néanmoins tenu de la faute du représentant dans une certaine mesure, et il est, en effet, impossible d'admettre que le représenté

l'égard du tiers, cette transcription n'est pas nécessaire pour que le contrat produise effet au regard du représenté ; 2° si le représentant a cédé une créance du représenté, la cession sera parfaite pour ce dernier, bien que le transfert n'ait pas été signifié au débiteur cédé ; 3° enfin la contre-lettre intervenue entre le représentant et le tiers laquelle en principe ne peut avoir effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers, sera efficace au regard du représenté. — Cf. Laurent, *op. cit.*, t. XXVII, n° 53, p. 53.

tire profit d'un contrat illicite conclu dans son intérêt avec un tiers. Par suite, il devra subir les conséquences de l'action en nullité intentée contre lui par le tiers, et même restituer ce dont il s'est indûment enrichi ¹⁹⁰.

106. — Dans le cas où la représentation a sa source dans la volonté du représenté, la responsabilité du représenté dérive de ce principe général que tout commettant est responsable des fautes de ses préposés ¹⁹¹.

Cette responsabilité résulte aussi de ce que, au moment de la conclusion du contrat, le tiers a eu l'intention de traiter directement avec le représenté. C'est lui seul qu'il a eu en vue; il a suivi sa foi, il a compté sur sa solvabilité; en un mot, la personne du représenté l'a déterminé à contracter, et, comme c'est le représenté qui a provoqué cette confiance, il est juste qu'il soit tenu de toutes les suites du contrat.

D'ailleurs, un contrat forme un tout, et, du moment où les effets du contrat se produisent dans le patrimoine du représenté, ce dernier doit les supporter tous, bons et mauvais. Le principe romain n'existe plus d'après lequel une personne pouvait, par l'intermédiaire d'une

190. Cf. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 348, p. 400. C'était du reste la solution admise par le droit romain pour les actes indûment faits par le tuteur au profit de son pupille. (L. 4, § 23. Dig. de dol. mal., 44, 4.)

191. Art. 1384 C. civil.

autre, rendre sa condition meilleure, mais non pire, acquérir des droits sans contracter d'obligations ¹⁹².

S'agit-il d'une vente, il n'y a qu'une seule mutation de propriété, et l'enregistrement ne doit percevoir qu'une seule fois le droit de mutation. Nous avons relevé une application de cette règle dans Dumoulin ¹⁹³, et, de nos jours, c'est là notamment l'effet de la déclaration de command ¹⁹⁴.

Etant tenu seul et directement des obligations qui naissent du contrat conclu dans son intérêt, seul le représenté pourra être cité en justice, soit pour l'exécution du contrat, soit pour sa résolution, soit pour être condamné à des dommages-intérêts ; et seuls aussi, le tiers et le représenté pourront faire la compensation des créances réciproques résultant du contrat. En sens inverse, le représenté a seul le droit d'actionner directement le tiers pour l'exécution du contrat, sa résolution ou le payement de dommages-intérêts.

D'un autre côté, puisque les droits et actions tombent dans le patrimoine du représenté au jour de la conclusion du contrat, ces droits

192. Cf. : LAURENT, t. XXVIII, n° 54 : — TARTUFARI, *op. cit.*, n° 344 et les auteurs cités.

193. DUMOULIN, *cit. supra*.

194. V. *supra*, 4^{re} partie, chap. III, sect. 2.

pourront être exercés par ses créanciers, en vertu de l'article 1166 du Code civil.

S'il s'agit de l'aliénation d'une chose appartenant au représenté, c'est dans sa personne, non dans celle du représentant, que l'on devra rechercher si la capacité d'aliéner existe. C'est enfin la personne du représenté qu'il faudra envisager pour savoir si le contrat conclu par le représentant a été ou non conclu par un commerçant ¹⁹⁵.

En un mot, si, dans la formation du contrat, la personnalité du représentant s'est substituée à la personnalité du représenté pour les effets, l'inverse se produit : c'est la personnalité du représenté qui se substitue à celle du représentant, de sorte que, finalement, la représentation peut s'analyser dans une substitution réciproque de deux personnalités.

107. — Du reste, le représenté n'encourt cette responsabilité qu'à la condition que le dol ou la faute aient été commis par le représentant dans la limite des pouvoirs qui lui ont été donnés. Mais, du moment où le contrat a été conclu dans ces limites, le représenté ne peut se refuser à indemniser les tiers du dommage qu'ils ont éprouvé ¹⁹⁶.

195. Cf. : TARTUFARI, *op. cit.*, n° 312, p. 395 ; — MITTEIS, *op. cit.*, p. 306, note 403.

196. Comp. GUILLOUARD, *Du mandat*, n° 190, et les arrêts cités note 2.

Le plus souvent, en effet, la responsabilité du représenté se traduira par une obligation à des dommages-intérêts. Elle peut aussi consister dans la nullité du contrat, prononcée après la demande formée par le tiers contractant ¹⁹⁷.

SECTION II

Effets du rapport de représentation à l'égard du représentant.

108. — Le représentant est tout dans la formation du rapport de représentation, puisque le lien direct entre le représenté et le tiers résulte du concours de sa propre volonté avec celle du tiers contractant. Après s'être substitué au représenté pour conclure le contrat, une fois que ce contrat est formé, il s'efface complètement, sa personnalité disparaît, son patrimoine reste en dehors des effets produits ; il n'acquiert pas de droits, il ne contracte pas d'obligations ¹⁹³.

Pour qu'il en soit ainsi, il n'est pas néces-

197. Nous avons vu que le représenté était tenu de faire connaître le pouvoir de représenter au tiers contractant. S'il le fait connaître par l'intermédiaire du représentant, celui-ci doit être considéré comme un simple messenger ; et, s'il commet des fautes, le représenté en sera responsable au même titre qu'il serait responsable d'un messenger ayant mal rempli sa mission. Cf. LENCÉ, *loc. cit.*, *supra*.

198. Cf. : GUILLOUARD, *Du mandat*, n° 206 ; — TROPLONG, *Du mandat*, nos 590-593-597 ; — AUBRY et RAU, § 415, 1° ; — TARLEFARI, *op. cit.*, p. 388, les auteurs cités note 1 ; — LABBÉ, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 7, p. 10 et *infra*, 2° partie, chap. II.

saire, ainsi que nous avons essayé de le prouver, que le représentant agisse au nom du représenté; il suffit qu'il ait eu l'intention de le représenter, et que cette intention ait été connue et partagée par le tiers contractant; c'est l'intention qui a le rôle prépondérant dans la formation du rapport de représentation : le nom n'a d'autre valeur que de révéler en général aux tiers l'intention du représentant.

109. — Le représentant restant en dehors des effets du contrat, il en résulte notamment qu'il ne peut pas agir directement contre le tiers, soit pour l'obliger à exécuter le contrat, soit pour demander la résolution du contrat ou des dommages-intérêts; en sens inverse, le tiers n'a pas action directe contre lui.

Le représentant ne peut pas non plus opposer au tiers contractant les créances résultant du contrat qu'il a passé avec lui pour le représenté, en compensation des dettes dont il est personnellement débiteur envers ce tiers. Ces créances, en effet, ne naissent pas dans son patrimoine; d'où cette autre conséquence qu'elles ne peuvent pas être exercées par ses créanciers en vertu de l'article 1166 du Code civil.

110. — En principe, le représentant ne peut ester en justice pour le représenté, à moins d'en avoir reçu le pouvoir spécial. Il y a exception, bien entendu, pour les représentants dont

les pouvoirs sont très étendus, et comprennent, par exemple, l'administration de tout un patrimoine. La possibilité d'ester en justice est alors en effet une nécessité de la représentation. Mais les jugements obtenus par ou contre le représentant, produisent leurs effets pour ou contre le représenté, de même que naissent dans son patrimoine toutes les conséquences, bonnes ou mauvaises, des contrats conclus pour son compte ⁴⁹⁹.

111. — Le représentant ne peut pas non plus s'ingérer dans les actes ultérieurs qui se rattachent au contrat qu'il a conclu avec le tiers ; notamment, il ne peut, une fois le contrat conclu, le révoquer, même du consentement du tiers ; car le représenté a, du jour de cette conclusion, un droit acquis à en invoquer les effets.

A cette règle, il y a lieu de faire une exception en faveur des représentants qui sont investis d'un pouvoir de représentation habituel et permanent, qui ont qualité pour représenter quelqu'un dans l'administration de tout un patrimoine : tels la plupart des représentants légaux. N'ayant pas le pouvoir de faire seulement un acte déterminé, mais une série d'opérations, ils ont par là même le droit

499. Cf. : LAROMBIÈRE, T. V, sur l'art. 1351, n° 94 ; — LAURENT, T. XX n°s 408 et 410 ; — LACOSTE, *De la chose jugée*, p. 179, n°s 566-567.

de révoquer tous les contrats qu'ils croiraient ne pas devoir tourner à l'avantage du représenté. Mais, dans le cas où la révocation aurait été faite par le représentant pour porter préjudice au représenté, et où les tiers qui ont traité avec le représentant ont participé activement et sciemment à frauder les droits du représenté, la révocation ne peut produire aucun effet, et doit être considérée comme nulle et non avenue ²⁰⁰.

112. — Nous avons dit qu'en principe, le représentant restait en dehors des effets du contrat, les droits et obligations naissant uniquement dans la personne du représenté ; à ce principe il y a une double exception :

1^o Si le représentant, pour faciliter la conclusion du contrat et engager le tiers à traiter, s'est porté garant envers lui de l'exécution du contrat et de toutes les obligations qui en résultent, il se trouvera tenu envers le tiers, comme caution conjointe ou solidaire, selon les cas, du représenté ²⁰¹.

2^o Le représentant peut enfin être tenu envers le tiers lorsque, par son dol ou par sa fraude, il lui a causé un préjudice. S'il est vrai, en effet, que le représentant ne veut acquérir aucun des

200. Cf. : MITTEIS, *op. cit.*, p. 221 et suiv. ; — TARTUFARI, *op. cit.*, n^o 338, p. 391.

201. Comp. GUILLOUARD, *Du mandat*, n^o 203.

droits ni assumer aucune des obligations dérivant du contrat, il n'est pas moins vrai que, participant directement à la formation du contrat, il doit agir vis-à-vis du tiers aussi loyalement que s'il contractait pour lui-même. Si donc, il cause un dommage au tiers en lui dissimulant, par exemple, la qualité réelle de la chose rendue, les vices dont elle est atteinte, il sera responsable envers le tiers, en vertu de l'art. 1382 du c. civ.²⁰².

113. — Cette responsabilité du représentant n'exclut pas celle du représenté, lequel est en principe, avons-nous dit, responsable de la faute du représentant, puisque c'est sa personne que le tiers a eu en vue lorsqu'il a contracté. Il pourra donc arriver que le tiers ait, à son choix, une action en dommages-intérêts contre le représentant ou contre le représenté²⁰³.

SECTION III

Effets du rapport de représentation à l'égard du tiers contractant

114. — En déterminant la situation juridique du représentant et du représenté, nous avons par là même indiqué celle du tiers contractant :

202. Cf. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 210.

203. Comp. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 341, p. 394.

il n'acquiert de droits et ne contracte d'obligations qu'envers le représenté ²⁰⁴.

Le tiers n'a donc pas en principe le droit d'agir directement contre le représentant : ne peut-il pas cependant agir contre lui dans le cas où il s'élève une contestation entre le tiers et le représenté, soit au sujet des pouvoirs exacts du représentant, soit au sujet des termes dans lesquels a été faite la conclusion du contrat ?

115. — Supposons qu'un représentant ait agi en vertu d'une procuration écrite qu'il a montrée au tiers au moment de la conclusion du contrat ; le représenté conteste qu'il ait donné mandat au représentant : le tiers peut-il citer ce dernier en justice pour l'obliger à présenter l'écrit constatant le mandat ?

Non, il ne peut pas ; ce tiers n'a aucun droit sur cette procuration écrite. Le représentant, au moment où il a contracté pour le représenté n'a pas eu l'intention d'assumer une obligation de cette nature envers le tiers contractant : c'était à celui-ci de s'assurer, lorsqu'il a contracté, de toutes les preuves nécessaires pour pouvoir

204. Il en résulte que le tiers contractant ne pourra pas faire la compensation des créances qu'il a contre le représentant avec celles qui sont nées du contrat conclu par ce dernier pour le représenté. Mais si, d'un autre côté, il y a eu collusion entre le tiers et le représentant, pour frander le représenté, le tiers ne pourra tirer profit du contrat conclu dans ces conditions, et son dol pourra être rétorqué contre lui. C'est ce que décidait déjà pour le tuteur la l. 4, § 23, Dig. de dol. mal., 44, 4, *in fine*.

trionpher du représenté, au cas où il y aurait contestation sur l'existence ou sur les limites de la procuration.

Le représentant lui avait-il remis la procuration écrite et qu'il l'ait perdue, il ne pourra pas forcer le représenté à lui en délivrer un duplicata, et il n'aura pas d'autres ressources que de recourir à d'autres moyens de preuve ²⁰³.

Telles sont les situations respectives du représenté, du représentant et du tiers contractant. Une dernière question reste à résoudre : un représentant peut-il contracter avec soi-même ?

SECTION IV

Un représentant peut-il contracter avec soi-même ?

116. — Le problème à l'examen duquel nous arrivons est le suivant : celui qui conclut un contrat comme représentant d'un autre peut-il conclure le contrat avec soi-même ? Un représentant chargé de vendre peut-il acheter pour soi-même les biens, meubles ou immeubles qu'il est chargé de vendre, agissant ainsi en même temps pour son compte et pour le compte du représenté ? — La question peut encore se poser d'une autre façon : le même représentant peut-il, par sa

203. Comp. sur tous ces points., TARTUFARI, *op. cit.*, p. 4 3-405.

propre volonté, conclure un contrat entre deux personnes qu'il représente ? Par exemple, un représentant peut-il acheter les biens qu'il a été chargé de vendre, pour le compte d'une autre personne qui lui a donné mandat d'acheter ? Cette question ne se pose pas seulement en matière de vente, mais à propos de toutes les opérations que peut faire un représentant ²⁰⁶.

Il faut d'abord écarter du débat cette règle traditionnelle d'après laquelle personne ne peut conclure avec soi-même un contrat, règle formulée déjà par Ulpien : « *Servus communis ipse sibi stipulari non potest, quamvis constaret eum se stipulari domino posse : non enim se domino acquirit, sed de se obligationem* ²⁰⁷. » Il est en effet certain qu'on ne peut pas se rendre acheteur de sa propriété ²⁰⁸, ou encore constituer un droit

206. Cf. : MM. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, T. III, p. 335, n^{os} 457-458. Ces auteurs étudient la question à propos du commissionnaire. Dans les termes généraux où nous l'avons posée, cette question a été étudiée notamment par : RÖMER, *Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst*, dans la *Zeitschrift für das ges. Handelsr.* 19, 1874 ; — RÜMELIN, *Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach gemein. Recht* ; — LEPA, *Die Lehre von Selbsteintritte des kommissionnârs dans Einkaufsund Verkaufsaufträge nach dem deutschen Handelsgesetzbuch* ; — SALMAN, *Die duplex persona in Handels-see-und Wechselrecht*, dans la *Zeitschrift f. d. ges. Handelsr.*, 1892, p. 370 et suiv. ; — TARTCFARI, *op. cit.*, n^{os} 29 35 et n^{os} 471-500. — Tout récemment, des articles très documentés de M. Arno, *Il contratto con se medesimo*, publiés dans l'*Archivio Giuridico*, T. LVI, 1896, p. 49-39, 256-273, 473-486, 578-593, et T. LVII, 1896, 231-273, 480-422.

207. L. 2. Dig. *De stipulatione servorum*, 45, 3.

208. « *Cum rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tue* », disait Paul ; l. 22. § 3, Dig. *mandati vel contra*, 17, 1.

réel sur sa propre chose²⁰⁹, ces différents actes supposant l'existence de deux patrimoines. Mais ici cette règle n'a rien à faire, car il s'agit de savoir, non pas si un propriétaire peut contracter avec soi-même, ce qui est impossible, mais si un représentant peut contracter avec soi-même, sa personnalité se décomposant au moment de la conclusion du contrat pour jouer à la fois le rôle de représentant et le rôle de tiers.

Avant d'aborder la discussion théorique de cette question, il est bon d'indiquer, en jetant un coup d'œil rapide sur les différentes législations, dans quels termes elle s'est présentée ou peut se présenter.

117. — La question est très controversée²¹⁰ de savoir si le représentant pouvait, en droit romain, être à la fois représentant et tiers, ou, pour employer l'expression commode de la doctrine allemande, contracter avec soi-même. N'oublions pas ici qu'en droit romain, le représentant était un représentant imparfait, devenant sujet de droits et d'obligations qu'il transmettait ensuite au représenté.

Il est tout d'abord certain que la question n'a pas été traitée d'une façon spéciale par les

209. « *Nulli res sua servit*, l, 26. Dig., *De servitutibus prædiorum urbanorum*, 8. 2; — *adde*, l, 5 pr. D. *si ususfructus patetur*, 7, 6.

210. Voir TARTUFARI, *op. cit.*, p. 42 et suiv. et les auteurs cités.

jurisconsultes romains ; il y a seulement certains textes qui déclarent qu'une même personne peut réunir deux qualités.

On semble d'accord pour écarter la loi 9 pr., Dig. *de pactis*, 2-14, d'après laquelle « *difficile est ut unus homo duorum vicem sustinet* ». De ce texte de Paul, les uns ²¹¹ avaient conclu que « *unus homo plures sustinere potest personas* », les autres ²¹² soutenaient le contraire. Aujourd'hui, on a démontré très clairement que ce texte est tout à fait en dehors de notre question ²¹³.

La seule chose que l'on puisse considérer comme certaine, c'est que dans le droit romain, existait déjà une règle que nous retrouverons dans notre Code civil, d'après laquelle le tuteur, le curateur et, d'une façon générale, tout administrateur du patrimoine d'autrui ne peut se rendre acquéreur des biens qu'il vend pour le compte de ceux dont il administre le patrimoine ²¹⁴. Voilà un cas dans lequel un représentant ne pouvait pas contracter avec soi-même.

211. GRÜNHUT, *Das Recht des Commissionshandels*, § 45, note 36, p. 184.

212. LEPA, *op. cit.*, p. 238.

213. RÜMELIN, *op. cit.*, p. 81 et suiv. — Cf. : TARTUFARI, *op. cit.*, p. 43. ARNO, *loc. cit.*, T. LVI, p. 34.

214. 34, § 7. Dig. *de contr. empt.*, 48, 1 : *Tutor rem pupilli emere non potest ; idemque porrigendum est ad similia, id est, curatores, procuratores, et qui negotia aliena gerunt.* — L. 5, § 2. Dig. *De auctoritate et consensu tutorum*, 26, 8 : *Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest.*

Il y avait toutefois une exception à cette règle, quand la vente était faite par le représentant *per auctionem*²¹⁵. Dans ce cas, on trouve réunis sur la même tête la qualité de vendeur et celle d'acheteur, et l'on voit une même personne, qui agit en même temps dans son propre intérêt et dans l'intérêt d'autrui, contracter avec soi-même. Mais, à vrai dire, il n'y a aucun argument à tirer de là pour dire que le contrat avec soi-même était possible ou impossible en droit romain²¹⁶.

118. — Nos anciens auteurs n'examinent pas non plus la question du contrat avec soi-même, et se bornent à adopter les solutions du droit romain, notamment en ce qui concerne la vente faite par un représentant des biens appartenant au représenté. Le représentant ne peut être à la fois vendeur et acheteur, non pas en vertu de la règle *nemo auctor in rem suam*, mais parce que c'est une nécessité juridique que la personne du vendeur soit différente de celle de l'acheteur, nécessité qui, d'ailleurs, doit être généralisée et

215. L. 2, §§ 8 et 9. Dig. *pro empt.*, 41, 4.

216. Notons qu'il est à peu près certain que le droit romain a admis la tradition faite par un représentant avec soi-même. Un texte de Celse qui forme la L. 18 pr. Dig. *de acquirenda vel amittenda possessione*, 41, 2, prouve que, dans le droit romain, il était possible qu'une même personne fût à la fois acquéreur et *tradens*. — Cf. KOHLER, *Gesamm. Abh.* 1., p. 9. Un commentaire très approfondi de ce fragment de Celse a été fait par M. Arno dans les articles cités *supra*. — On trouvera là l'indication de tous les auteurs qui ont adopté ou combattu la solution qu'il propose.

étendue à toutes les obligations conventionnelles ²¹⁷. On trouve la même règle, d'après laquelle la même personne ne peut être à la fois vendeur et acheteur, dans Cujas ²¹⁸ et dans Doneau ²¹⁹, qui fait un effort pour approfondir la question en cherchant à l'appuyer sur des raisons économiques.

119. — Avec le Code civil, le problème ne fait pas beaucoup de progrès, et nous retrouvons, dans l'article 1596, la même règle qui existait en droit romain, avec cette différence toutefois qu'il s'agit maintenant de représentation directe. Cet article est, en effet, ainsi conçu : « Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes ni par personnes interposées : les tuteurs des biens de ceux dont ils ont la tutelle, les mandataires des biens qu'ils

²¹⁷. BARTOLF, *Comment*, 1574, t. 10, f. 65, sur la L. 5, § 2. Dig. de tuctoritate et consensu tutorum, 26, 8 : *Interementem et rendentem debet esse diversitas. Hoc facit ad quod si notarius facit procuratorem et scribat instrumentum manu sua, et adjicit quod promittit sibi ipsi notario stipulanti, recipienti nomine eorum quorum interest, de rato et de judicato solvendo et similia, quod non valeat, cum inter promittentem et cum cui promittitur debeat esse diversitas.* — Adde le même sur la L. 2. Dig. de stipulatione servorum, 45, 3, t. vi, fol. 63 et 69.

²¹⁸. CUJAS : édit. 1638, sur la L. 31, § 7. Dig. de contrah. emptione, 48, 1, t. v, p. 438 : « Ratio non patitur, ut idem emptoris et cenditoris officio fungatur. » — Et sur la L. 31, § 7. Dig. pro empt 41, 4, t. vii, col. 689.

²¹⁹. DONEAU, *Comment. juris civilis*, t. viii, col. 727, n° 4 ;. « non potest tutor emptoris et cenditoris personam fungi, Alium enim esse oportet emptorem et alium renditorem. »

sont chargés de vendre, les administrateurs de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins, les officiers publics des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère. » La même disposition était déjà écrite dans l'art. 450 *in fine*. : « Il (le tuteur) ne peut acheter les biens du mineur ni les prendre à ferme, etc... »

La question qui se pose sous l'article 1596²²⁰ est la suivante : l'impossibilité, pour les représentants visés par cet article, d'être en même temps vendeurs et acheteurs, est-elle l'expression d'un principe général, et d'après lequel nul représentant ne peut faire pour soi-même l'opération dont il est chargé ; ou, au contraire, est-ce un cas exceptionnel se justifiant par des

220. La disposition de l'art. 1596 est reproduite par l'art. 1457 du C. civ. italien, qui ajoute seulement : « Ne peuvent être acheteurs, même aux enchères publiques... », extension qui d'ailleurs est admise par la doctrine française. — Cf. : AUBRY et RAU, t. IV, § 351, texte et note 7 ; — GUILLOUARD, *De la vente*, t. I, n° 119, 1. — V. aussi l'article 300 C. civ. italien. — Ce Code prévoit en outre d'autres hypothèses : l'art. 224 vise le cas où le père a pu, dans le même acte, figurer dans son propre intérêt et en même temps agir comme représentant de son fils ; de même encore les articles 285 et 286, tirés de la Novelle 72 de Justinien. De tous ces articles, les auteurs concluent que le contrat avec soi-même est admis en principe, sauf les cas dans lesquels il est expressément défendu par la loi. — Comp. : TARTUFARI, *op.cit.*, nos 495 497, p. 551 et suiv. — ARNO, *loc. cit.*, t. LVII, p. 411 et suiv. et les renvois. — Le nouveau Code civil allemand reproduit aussi en partie l'art. 1596 dans son article 436 : « Dans une vente sur exécution forcée, celui qui est chargé d'ordonner ou de diriger la vente, ainsi que ses auxiliaires, y compris celui qui en dresse le procès-verbal, ne peuvent acheter, ni pour eux directement, ni par personne interposée, ni pour autrui comme mandataire. » (Trad. R. de la Grasserie. p. 98).

raisons spéciales ? Pour répondre à cette question, il faut rechercher, d'une part, les motifs qui ont conduit le législateur à édicter la prohibition de l'article 1596 et, d'autre part, le caractère de la nullité des ventes faites en prohibition de l'article 1596.

Le motif de l'article 1596 ? C'est d'éviter que l'intérêt du représentant ne se trouve en conflit avec son devoir ; c'est pour éviter à ce dernier une situation difficile ²²¹.

C'est uniquement la raison de l'article 1596 ; nulle part, il n'a été dit que, si ces représentants ne pouvaient acheter les biens de leur représenté, cela tenait à une impossibilité juridique, à ce que nul ne peut être à la fois vendeur et acheteur.

De ce que la nullité existe dans l'intérêt du représenté, il en résulte qu'elle est relative et ne peut être proposée par les représentants auxquels il est défendu d'acheter ²²².

Il en résulte aussi que, si elle n'est pas prononcée ou se trouve prescrite, le contrat fait par le représentant avec soi-même est valable et efficace. Par cela seul que le représentant a été

221. FAURE, *Rapport au Tribunal*. V. FENET, 14, p. 153-156. — Cf. GUILLOUARD, *De la vente*, n° 119, p. 138.

222. Cf. : GUILLOUARD, *Traité de la vente*, t. I, n° 131 ; TROPLONG, *De la vente*, t. I, n° 186, p. 254 ; AUBRY et RAU, t. IV, § 351, p. 349, texte et note 19 ; HUC, *Comment. du Code civil*, t. X, n° 52, p. 80 ; TARTUFARI, *op. cit.*, n° 497, p. 553 ; ARNO, *loc. cit.*, t. LVII, p. 412.

en même temps vendeur et acheteur, il ne peut se soustraire à ses obligations d'acheteur.

La conclusion qui se dégage de l'article 1596 est donc celle-ci : le représentant peut réunir dans sa personne la qualité de vendeur et d'acheteur, si défense ne lui en est pas faite par ses représentés, c'est-à-dire si ceux-ci ne demandent pas la nullité de la vente ou laissent courir la prescription ; la conclusion, c'est enfin que les rédacteurs du Code civil ne paraissent pas avoir considéré les contrats faits par les représentants avec eux-mêmes comme une impossibilité juridique.

120. — Est-ce là une conclusion admissible ? Est-il possible, en droit, qu'un représentant contracte avec soi-même ? Comment justifier juridiquement cette opération ?

Ce problème, une des faces du problème plus général de la représentation en matière de contrats, n'a pas été étudié chez nous. Tout au plus trouve-t-on, dans les auteurs de traités sur le droit commercial, discutée la question de savoir si le commissionnaire peut faire pour lui-même l'opération dont il est chargé²²³ ; on étend alors

223. Comp. : MM. LYON-CAEN et RENAULT. T. III, nos 457-458, p. 335. — Selon ces auteurs, il faut décider, en étendant l'art. 1596 du C. civ. au commissionnaire, que le commissionnaire ne peut pas contracter avec soi-même, ni acheter pour son compte les marchandises de celui-ci, à moins de convention contraire. — Cf. : DELAMARRE et LÉPOITVIN, T. II, n° 249, et Lyon, 29 décembre 1842 (S. 43, 2, 423) ; Toulouse, 27 novem-

l'article 1956 au commissionnaire, et on conclut qu'il ne peut pas être à la fois acheteur et vendeur ou, inversement, vendeur et acheteur. Cette question a été, au contraire, étudiée en Allemagne et en Italie, et nous devons indiquer ici quelles solutions ont été proposées ; aussi bien la question se pose-t-elle dans les mêmes termes que chez nous, et, si nous n'admettons pas les théories proposées, elles peuvent au moins nous frayer le chemin pour arriver à la solution que nous proposerons pour le droit français.

121. — Pendant longtemps, la doctrine allemande a posé comme règle l'impossibilité pour les représentants de contracter avec eux-mêmes. C'est seulement en 1874 que ce système est battu en brèche pour la première fois. Römer vient soutenir, en effet, la thèse de la possibilité du

bire 1869 (S. 1870, 2, 237) ; en sens contraire : BOISTEL, n° 521 ; Cassation, 11 avril 1860 (S. 60, 1, 316) ; Rouen, 22 avril 1872 (D. 73, 2, 99). Dans plusieurs législations étrangères, on admet au contraire la possibilité pour le commissionnaire de prendre pour lui l'affaire dont il est chargé. Article 376, C. co. allemand, art. 383 C. italien, art. 381 Code hongrois, Code roumain, art. 411, Code portugais, art. 274) — L'article 376 du Code allemand a donné lieu à des difficultés (voir LEPAGE, *op. cit. supra*, et JACOBY, *Das Recht der Bank- und Varenkommission*, cité par MM. LYON-CAEN et RENAULT, t. III, p. 337, note 4) ; la disposition de l'art. 386 du code italien est au contraire approuvée par les jurisconsultes italiens. — Cf. : TARTUFARI, *op. cit.*, n° 498, p. 554 ; ARNO, t. LV, p. 410. — Le même code admet d'ailleurs, dans d'autres hypothèses, le contrat avec soi-même : articles 110, 150 et 204 du code de commerce. — Le droit anglais, au contraire, n'admet pas que le commissionnaire puisse prendre pour lui-même le contrat dont il est chargé. — Comp., SMITH, *A compendium of mercantile law*, p. 109-110.

contrat du représentant avec soi-même, en appuyant cette thèse, non seulement sur les principes généraux du droit, mais aussi sur les textes du droit romain. Voici, du reste, comment il raisonne ²²⁴ :

En principe, une personne ne peut accomplir avec elle-même un acte juridique, ni constituer un droit réel sur sa propre chose, ni acquérir sa propriété, ni conclure avec elle-même un contrat, parce que de tels rapports supposent deux patrimoines; mais les représentants qui concluent pour eux-mêmes l'acte qu'ils doivent faire pour le représenté ne contreviennent pas à ce principe. Les droits résultant du contrat ne sont pas acquis à eux-mêmes, mais à une autre personne : le contrat se forme bien entre deux patrimoines ; le débiteur et le créancier ne sont pas confondus dans une même personne; ce sont deux personnes différentes. Du reste, du moment où l'on admet le principe de la représentation directe, on doit admettre que, lorsque le représentant contracte avec soi-même, deux volontés, celle du représentant et celle du représenté interviennent en fait au contrat, puisque le représentant déclare une volonté correspondant à celle du représenté, mais une volonté à lui propre ²²⁵.

²²⁴ RÖMER, *op. cit.*, p. 67 et suiv.

²²⁵. La même idée est adoptée par SHARS, *Revue de Goldschmidt*, t. VIII. 1894, p. 428.

En un mot, Römer et ses partisans ²²⁶ appuient la théorie du contrat avec soi-même, sur la fiction de deux volontés ; ils rattachent en outre cette théorie à celle de la représentation directe ²²⁷. On en conclut même qu'en droit romain le *Selbstcontrahiren* était une exception, précisément parce que la représentation directe était, elle aussi, l'exception ²²⁸.

Partant d'une idée tout à fait opposée, un autre auteur, Rümelin ²²⁹, se prononce

226. — Ont adopté la théorie de RÖMER, notamment : MITTEIS, *op. cit.*, § 23, p. 197-198 ; GRÜNHUT, *op. cit.*, § 43, p. 482 et suiv. ; DERNBURG, VON HAHN, KOHLER, cités par TAUFARI, *op. cit.*, p. 540, note 3.

227. Les auteurs allemands ne font pas seulement découler la possibilité du *Selbstcontrahiren* de la différence entre la représentation directe et la représentation indirecte, mais aussi de la théorie professée sur la question de savoir quelle est, dans la représentation directe, le véritable contractant. Si on admet que dans la représentation directe il n'y a pas autre chose qu'une déclaration de volonté du représenté, un représentant peut contracter avec soi-même. Si, au contraire, on considère que le véritable contractant est le représentant, le contrat du représentant avec soi-même est manifestement impossible. (MUSKAT, *op. cit.*, p. 513 et p. 523). — C'est, selon nous, une erreur d'affirmer que le contrat avec soi-même est seulement admis dans le cas de représentation directe. Rien n'empêche, en effet, celui que les Allemands appellent un représentant indirect, c'est-à-dire celui qui agit vis-à-vis des tiers pour son compte, tel le commissionnaire, puisse contracter avec soi-même. Il est bien vrai que, dans ce cas, les effets de l'acte naissent avant tout dans le patrimoine du représentant, et y demeurent jusqu'à ce qu'ils aient été transmis au représenté ; mais on peut parfaitement supposer que ce transfert advient au moment même de l'acte, de même qu'en droit romain on supposait parfois l'acte de transfert. — Cf. : ARNO, *loc. cit.*, t. LXI, p. 31-32 ; — WINDSCHEID, *op. cit.*, I, § 73. — Ce résultat est d'ailleurs admis par plusieurs codes étrangers. (V. *supra*, note 223.)

228. RÖMER, *op. cit.*, § 1.

229. RÜMELIN, *op. cit. supra* — La même théorie a été à peu près suivie par SALMAN, *op. cit.*, p. 374, et REGELSBERG, *Pandekten* 1893, I, § 149, p. 544 et suiv.

aussi pour la possibilité du *Selbstcontrahiren*. Sa formule est la suivante: « Le *Selbstcontrahiren* est un acte juridique unilatéral ayant effet contractuel ²³⁰. » Pour lui, il est impossible de parler ici de contrat, puisqu'il n'y a qu'une seule déclaration de volonté, mais seulement d'un acte juridique unilatéral. Mais à un tel acte on peut attribuer les effets d'un contrat, d'où ces effets peuvent être attribués au *Selbstcontrahiren* ²³¹.

122. — Il résume son système dans les quatre propositions suivantes :

I. La conclusion des contrats par le représentant avec soi-même est admise, toutes les fois que *a*) l'acte de la *Selbstcontrahierung* est contrôlable et qu'est reconnaissable l'acte obliatoire par la volonté de celui qui contracte avec soi-même, *b*) ou que le contrat correspond clairement, au moment de sa conclusion, à l'intérêt du représenté ou des deux représentants.

230. RÜMELIN, *op. cit.*, p. 15-28.

231. RÜMELIN cherche même à donner de sa conception une démonstration mathématique (cité par ARNO, *loc. cit.*, t. LVI, p. 20) : « Wenn eine Person A im Stande sei, durch ihre Willenserklärung α' die Willenserklärung des B zu ersetzen, und ausserdem eine übereinstimmende Willenserklärung c entweder im eigenen Namen abzugeben oder in Vertretung des C durch die Erklärung c' zu ersetzen, sie darum noch keineswegs durch eine eigenartige Erklärung x die Summe $\alpha' + c$ oder $\alpha' + c'$ herstellen könne, weil eben x nicht $= \alpha' + c$ oder $= \alpha' + c'$ sei; (während in Wahrheit sich doch gerade darum die Frage dreht, ob hier x etwas anderes ist, als die Addition von α' und c , bezw. von α' und c'). »

2. Ne peuvent être l'objet d'une *Selbstcontrahierung* l'obligation abstraite d'un représenté, et tous les actes du genre de la reconnaissance, de la transaction, de la division d'un patrimoine héréditaire, ou autres actes semblables.

3. Peuvent être l'objet de la *Selbstcontrahierung* la transmission de la propriété et d'autres droits réels du représentant au représenté, et les obligations abstraites du représentant au regard du représenté, pourvu que l'acte de transmission et d'obligation ait les conditions requises au n° 1 a.

4. Sont valables finalement, pourvu qu'ils satisfassent aux conditions de 1 a, tous les actes juridiques accomplis par le *negotiorum gestor* et ensuite ratifiés, excepté les actes du n° 2.

123. — A ces théories, s'oppose un groupe de systèmes²³² qui se prononcent pour l'inadmissibilité absolue du contrat avec soi-même. Les raisons sur lesquelles on se fonde sont diverses.

On observe, d'un côté, que, le contrat étant par définition l'accord de deux volontés sur un même objet, *duorum pluriumve in idem placitum consensus*, il faut nécessairement, pour la conclusion d'un contrat, l'intervention de deux personnes²³³.

232. LEPA, BECHMANN, MUSKAT et RUHSTRAT.

233. MUSKAT *op. cit.* *Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst*, dans la *Zeitschr. f. d. ges. Handelsr.*, 33, 1887, p. 507-523.

Un autre système, exigeant également deux déclarations de volontés, observe en outre que le conflit d'intérêts entre représentant et représenté doit faire rejeter la possibilité, pour la même personne, d'être en même temps représentant et tiers ²³⁴.

De la même façon raisonne Bechmann ²³⁵, mais cet auteur ajoute qu'il faut soigneusement distinguer le contrat avec soi-même des hypothèses suivantes : d'abord du cas dans lequel le représenté fait au représentant une offre, par exemple, dans le contrat de commission ; puis, du cas dans lequel le représentant de l'une des parties assure volontairement en même temps le soin des intérêts de l'autre, ce qui advient, par exemple, s'il y a une réunion de mandat et de gestion d'affaires, réunion qui est parfaitement admissible, et alors l'effet juridique de l'acte repose non sur un accord contractuel, mais bien sur la ratification ou l'utilité de l'affaire gérée.

124. — Nous croyons au contraire à la possibilité juridique des contrats faits par les représentants avec eux-mêmes. C'est, d'ailleurs, la solution qui cadre avec les principes de notre droit civil : le Code ne parle de ces contrats

234. LEPA, *op. cit.* p. 223 et suiv. ; — RUH-TRAT ; *Ueber einige wichtige Grundsätze der negotiorum gestio*, dans *Jahrb. f. die Dogm.* 27, 1888, p. 147 et suiv.

235. BECHMANN, *System des Kaufs nach gemein. Recht*, p. 287-289.

que pour permettre aux intéressés de les annuler ; mais il semble bien se dégager de l'art. 1596 que ces contrats sont possibles, puisqu'ils peuvent exister au cas spécial de vente, si l'on n'en demande pas la nullité. Notre droit n'admet pas cependant l'effet contractuel d'un acte juridique unilatéral, qui sert aux auteurs allemands pour expliquer juridiquement le contrat avec soi-même. Comment donc, en nous servant des principes qui ont germé et vécu sur notre sol national, justifier qu'un représentant puisse prendre pour lui le contrat qu'il devait faire avec un autre ?

125. — Cette justification est fournie par la notion même du contrat : on répète constamment qu'un contrat est l'accord de deux volontés, le lien qui se forme entre elles par suite de leurs concours : *pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*. Mais, en allant au fond des choses, on voit que le contrat établit surtout, non pas seulement un lien entre deux personnes, mais encore et surtout un lien entre deux patrimoines ²³⁶. Le contrat s'analyse dans la prestation due par un patrimoine à un autre patrimoine.

Or, normalement, chaque patrimoine sera engagé envers un autre par la volonté de son

²³⁶. V. *supra*, p. 48, n° 31,

propriétaire ; à deux patrimoines correspondent deux volontés ; on en conclut que le contrat résulte nécessairement du concours de deux volontés. Cette conclusion est fausse : il suffit pour que le contrat soit formé, que les patrimoines soient liés, et, si l'on suppose qu'une personne a la disponibilité de deux patrimoines, qu'elle puisse disposer de l'un comme propriétaire, de l'autre comme représentant, qui empêche que, par sa seule déclaration de volonté, elle ne forme un lien entre ces patrimoines ?

Pour pouvoir engager un patrimoine, il faut en avoir la disposition ; or, ici le représentant a la disposition des deux patrimoines, il peut donc les lier. Nul ne doute qu'il ne puisse engager ces deux patrimoines simultanément envers un autre patrimoine, par exemple vendre en même temps son immeuble et celui qu'il est chargé de vendre : pourquoi ne pourrait-il pas les engager l'un envers l'autre ? L'effet du contrat est possible ; cela nous suffit pour soutenir qu'il peut se former, peu importe que ce soit la même volonté qui crée le lien entre les deux patrimoines ²³⁷.

126.— Nous rejetons, au surplus, comme inexacte l'idée d'une fiction de deux volontés. On ne peut en effet admettre qu'une même

²³⁷ Cf. ARNO, *loc. cit.*, t. LVI, p. 22-24 et les auteurs cités.

personne, le représentant, déclare en même temps sa volonté et celle du représenté. Dans la représentation, la volonté du représentant supplée celle du représenté, la remplace ; or, quand une volonté tient lieu d'une autre volonté, en fait il s'agit toujours d'une seule et unique volonté ²³⁸.

127.— Il n'est pas plus exact de voir dans le contrat avec soi-même un acte juridique unilatéral ayant effet contractuel. Cette conception repose sur une confusion : la déclaration de volonté que forme les actes juridiques unilatéraux est toute différente de celle qui crée le contrat avec soi-même. Dans les actes juridiques unilatéraux, en effet, — occupation, ratification, addition d'hérédité, etc., — le déclarant ne peut plus retirer la déclaration de volonté une fois émise ; or, c'est la loi qui, pour des raisons spéciales, impose cette obligation au déclarant. Dans le contrat avec soi-même, au contraire, « il s'agit de la volonté d'une personne qui a le pouvoir de disposer de deux ou plusieurs patrimoines, et le lien qui est formé entre ces patrimoines par la même déclaration de volonté n'est nullement pareil à celui qui constitue le but d'un contrat quelconque. Tout au plus peut-on dire que le contrat avec soi-même est un

238. Cf. ARNO, *loc. cit.*, p. 28.

contrat *sui generis*, en ce que, pour le faire naître, il n'y a pas *besoin* de deux déclarations ²³⁹ de volonté. »

128. — Le danger d'un conflit d'intérêt a été pour beaucoup d'auteurs ²⁴⁰ la principale raison qui les a déterminés à rejeter la théorie du contrat avec soi-même.

Ce n'est pas là cependant une objection sérieuse contre le système que nous adoptons. Il est en effet possible de limiter les dangers résultant du conflit d'intérêts : par exemple, n'admettre, comme Rümelin²⁴¹, la possibilité du contrat avec soi-même que pour certains actes et à certaines conditions.

Voilà un mandataire chargé de vendre un immeuble ; il prend le contrat pour lui, il achète l'immeuble : si le mandant trouve son bénéfice dans cette manière d'agir, il n'usera pas de la faculté que lui donne l'article 1596 du Code civil de demander la nullité du contrat. — On peut dire aussi que le mandataire qui, chargé de vendre, excède les limites de ses pouvoirs et achète pour lui, se comporte alors comme gérant d'affaires, et le contrat n'est valable que si le mandant ratifie. Ici encore, le contrat avec soi-même est possible, comme il est possible dans tous

239. ARNO, p. 30.

240. V. *supra*, n° 123, texte et note 231.

241. V. *supra*, n° 122.

les cas de gestion d'affaires. Dans ce cas, il n'y a plus à craindre le conflit des intérêts; tout danger est évité: le contrat par le gérant avec soi-même est possible, mais ne sera valable que s'il est utilement accompli pour le maître ou ratifié par lui ²⁴².

129. — En résumé, nous concluons, dans le droit français ²⁴³, à la possibilité pour les représentants de conclure avec eux-mêmes les contrats qu'ils passent pour le compte de leurs représentés. Ainsi que nous l'avons dit, l'article 1596 du Code civil semble bien n'être qu'une exception à un principe général qui, n'étant pas écrit dans nos codes, se dessine à travers les principes de notre droit. La règle pourrait donc, selon nous, être ainsi formulée: les représentants peuvent, en principe, conclure des contrats avec eux-mêmes sous certaines conditions, et à l'exclusion des cas limitativement déterminés par la loi.

130. — Il faut d'ailleurs reconnaître que cette possibilité du contrat avec soi-même, admise en

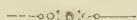
²⁴². Cf. ARNO, *loc. cit.*, t. LVI, p. 26.

²⁴³. Le nouveau code civil allemand se prononce en principe contre le contrat du représentant avec soi-même, art. 181: « Un représentant ne peut, à moins de conventions contraires, passer un acte juridique avec lui-même en privé nom ou comme représentant d'un tiers, à moins que cet acte ne soit exclusivement relatif à l'exécution d'une obligation. » (Trad. R. de la Grasserie, p. 40.)

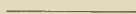
principe, se traduirait par de grands avantages pratiques : notamment en matière commerciale, le représenté trouverait souvent son avantage à ce que son représentant pût acheter lui-même ce qu'il est chargé de vendre, sans avoir besoin de s'en référer à son représenté. — Plusieurs législations l'ont bien compris, et il serait bon d'insérer, dans le Code de commerce, des dispositions semblables à l'article 386 du code comm. italien ou à l'article 376 code comm. allemand.



DEUXIÈME PARTIE



Domaine d'application de la représentation



CHAPITRE PREMIER

DES RAPPORTS JURIDIQUES QU'IL NE FAUT PAS CONFONDRE AVEC LE RAPPORT DE REPRÉSENTATION.

- I.** Il n'y a pas représentation toutes les fois qu'une personne n'est que l'organe de la volonté d'une autre. — 1° Contrats conclus par messenger. — 2° Contrats conclus par les administrateurs des personnes morales; conception traditionnelle : les administrateurs des personnes morales sont des représentants. — Système de la réalité des personnes morales. — Conception de Gierke. — Système de M. Michoud. — Conclusion : les administrateurs des personnes morales ne sont pas des représentants au sens exact du mot. — **II.** Ceux qui ne font qu'aider une personne dans la détermination de sa volonté ne sont pas des représentants. — *Quid* des commis voyageurs ? — **III.** Il ne faut pas confondre représentation et stipulation pour autrui. — Criterium de la distinction ; difficulté d'appliquer cette distinction dans la pratique. — 1° Assurance-vie au profit d'un tiers déterminé. — Pourquoi la jurisprudence a appliqué l'art. 1121. — 2° Cession de dette. — 3° Contrats d'utilité publique. — Conclusion : l'extension

donnée à la stipulation pour autrui tient à une notion fautive de la représentation. — **IV.** De l'idée de représentation imparfaite dans la théorie moderne de la solidarité. — Naissance de cette idée au XVIII^e siècle. Dunod, Renusson. — Critique de cette théorie : — Les art. 1205, 1206, 1207 du Code civil. L'arrêt du 16 décembre 1891. — Théorie de la solidarité imparfaite. — Conclusion : domaine propre de la représentation.

131. — Au début de cette étude, nous avons indiqué combien il était important de distinguer le rapport résultant de la représentation d'autres rapports juridiques avec lesquels il est souvent confondu. Pour déterminer exactement le domaine propre d'une institution juridique, il faut d'abord définir cette institution. C'est ce que nous avons essayé de faire dans la première partie de ce travail. Il est maintenant possible d'éliminer de la sphère d'application de la représentation certains rapports de droit qu'on y fait quelquefois rentrer. Il suffira pour cela d'écarter toute opération juridique qui ne cadre pas avec la définition qui a été donnée de la représentation. C'est ainsi que l'on est amené à écarter du domaine de la représentation tous les contrats conclus par une personne qui est simplement l'organe de la volonté d'une autre, de même aussi toutes les hypothèses de stipulation pour autrui ; enfin, nous démontrerons qu'il est inexact de parler de représentation dans la matière des obligations solidaires.

SECTION I^{re}

Il n'y a pas représentation toutes les fois qu'une personne est l'organe de la volonté d'une autre.

§ 1^{er}

CONTRATS CONCLUS PAR MESSENGER.

132. — Le messenger est « un individu qu'une personne adresse à une autre pour faire à cette dernière une communication ²⁴⁴. » Bien que l'usage du messenger devienne tous les jours moins fréquent, à mesure que se développent et se perfectionnent les moyens de communication, les négociants se servent encore aujourd'hui de l'intermédiaire de leurs employés pour porter une acceptation ou une offre à la connaissance d'une personne habitant leur résidence ²⁴⁵. Il est donc intéressant de savoir si le messenger est, comme on l'a prétendu, un représentant ou non, et ceci à plusieurs points de vue.

Si le messenger n'est pas un représentant, il faut appliquer au contrat les règles des contrats

244. VALÉRY, *Des Contrats par correspondance*. Paris 1893, p. 22.

245. Dans le cas où un patron charge son employé d'envoyer un télégramme contenant une offre ou une acceptation, et ne lui donne pour cela que des instructions verbales, l'employé joue le rôle d'un véritable messenger. — Cf. VALÉRY, *op. cit.*, p. 38.

par correspondance, non celles des contrats par représentants : il pourra être frappé d'une incapacité absolue de contracter ; enfin, au point de vue de la validité du contrat passé par un messenger, si ce messenger n'est pas un représentant, il importera peu qu'il ait été de bonne ou de mauvaise foi.

133. — Nous avons par avance répondu à la question en définissant le représentant une personne qui déclare sa volonté propre. Or, dans tous les cas, que le rôle du messenger soit de porter une missive contenant la volonté de celui qui l'envoie, ou au contraire de transmettre cette volonté de vive voix, il est toujours un moyen de communication ²⁴⁶ entre deux personnes éloi-

246. C'est à tort que l'on a prétendu que le messenger pouvait avoir une certaine initiative dans la perfection du contrat. « Le messenger, dit Regelsberger, *Auslegung legung der Handelsgeschäfte*, p. 398. (*Endemann's Handbuch* II) jouit d'une certaine latitude pour accepter ou refuser, dire oui ou non, dix ou quinze, sans sortir de la sphère de son rôle, pourvu qu'il présente au destinataire le résultat de sa décision, comme la décision du maître lui-même. » Pour trancher la question, il faut toujours se reporter à la notion exacte de la représentation : le représentant déclare sa propre volonté ; or c'est bien ce qui se produit dans l'exemple proposé par Regelsberger. Si moi, Jacques, je dis à Paul : va trouver tel libraire et dis lui : j'achète ces œuvres de Pothier 50 fr. pour Jacques, Paul transmet ma volonté : c'est un messenger. Si au contraire je lui dis que tel libraire a les œuvres de Pothier, et que je le charge de les acheter pour moi pour 60 fr. au plus ; dans ce cas je m'en remets à Paul pour la déclaration de volonté. Et lorsqu'il dit au libraire : j'achète cet ouvrage 55 fr. pour Jacques, c'est sa propre volonté qu'il déclare, et l'on ne peut plus dire qu'il n'a fait que l'acte purement matériel de porter ma volonté : ce n'est plus un messenger, mais un représentant. Dans ce sens, VALÉRY, *op. cit.*, p. 34 et 36.

gnées, entre absents ²⁴⁷. Là est toute la différence entre le messenger et le représentant : tous deux agissent pour le compte d'autrui ; mais, tandis que le messenger communique et déclare la volonté de celui pour le compte duquel il agit, le représentant déclare sa propre volonté.

Le représentant contracte, non le messenger : *Epistola non contrahit*, dit Cujas ²⁴⁸, *sed nuntiat dominum contrahere* ; on peut en dire autant du messenger. C'est la volonté du représentant qui entre en contact avec la volonté du tiers et prend possession de cette volonté ; la volonté du messenger n'a au contraire aucune influence directe sur la formation du contrat, et il n'y a pas à rechercher s'il a ou non la *contemplatio domini*. *Nuntium est tanquam picam*, disaient les anciens auteurs ²⁴⁹ ; le messenger est un « phonographe

²⁴⁷. Par contrat entre absents, nous entendons tout contrat formé entre deux personnes juridiquement éloignées l'une de l'autre. Ainsi sera un contrat entre absents : le contrat conclu par Paul, qui demeure au quatrième étage, avec Pierre, qui habite le rez-de-chaussée de la même maison, si l'échange des consentements s'est fait par l'intermédiaire d'une lettre ou d'un employé.—Cf. VALÉRY, *op. cit.*, p. 2, qui rapporte la définition de Kühn, *Du contrat entre absents*.

²⁴⁸. CUJAS, sur la L. 9 C. *Si quis vel alteri emerit* IV, 50.

²⁴⁹. Comp. LAUTERBACH, *Dissert. Acad.*, T. III, CVII, *De nuncio*, § 1, nos 1 et suiv. Cet auteur résume en formules très nettes et très heureuses le caractère du messenger : « *Traditur nuntium esse tanquam picam et vicam vocem mittentis...*, *gerulum verborum domini, qui portat in ore suo verbum domini; relatores intentionis domini in forma sibi tradita;... epistola vica vel loquens vocatur.... quidquid per nuntium geritur, illud non a nuncio sed a mittente ipso fieri dicitur.* » Le messenger est également comparé à une pie par BAUTLIX,

vivant » dit-on aujourd'hui ²⁵⁰ : le mot a changé, non l'idée. Et, comme les jurisconsultes romains ²⁵¹, les auteurs modernes ne parlent jamais du messenger sans le rapprocher de la lettre. Son rôle est purement matériel, il n'a aucune initiative ; et, comme on l'a très bien remarqué ²⁵², il y a entre lui et le mandataire « la même différence qu'entre un agent diplomatique et un courrier de cabinet ».

Le contrat par messenger est donc une variété du contrat entre absents et non un contrat entre présents, comme le sont tous les contrats par représentants ²⁵³.

sur la L. 14, § 3. Dig. de pec. constituta, 13, 5, édit. 1552, t. II, p. 83, col. 2.

²⁵⁰. VALÉRY, *op. cit.*, p. 36.

²⁵¹. Les textes sont nombreux dans lesquels il est dit qu'un contrat peut être conclu *vel per epistolam, vel per nuntium*. V. notamment, l. 2, pr. Dig. de pactis, 2, 14 ; — L. 1, § 2, D. de contrah. emptione, 18, 1. — L. 1, § 1, D. de proc., 3, 3. — L. 2, § 2, D. de obl. et act., 44, 7.

²⁵². VALÉRY, *op. cit.*, p. 37.

²⁵³. Il faut noter cependant qu'il y a toujours eu des dissidents sur cette question, et que la distinction est souvent mal faite ou n'est pas faite du tout entre le messenger et le représentant. Savigny a soutenu que le *nuntius* romain était un véritable représentant : c'est un des arguments principaux sur lesquels il se fonde pour soutenir que, sous Justinien le principe de la représentation a été admis dans les contrats non solennels. (V. *supra*, note 10.) Cette théorie, il est vrai, est restée isolée ; mais, aujourd'hui encore, les auteurs sont loin d'être d'accord sur le criterium qui distingue le messenger du représentant. Les uns font rentrer le messenger dans la catégorie du représentant ; mais il se distingue des autres en ce qu'il a un mandat absolument déterminé, qui ne lui laisse aucune initiative et ne lui permet d'exercer aucune influence sur la formation juridique du contrat. (DELMARRE et LE POITVIN, *Droit commercial*, 1, n° 98.) « Le messenger, disent ces auteurs, est un mandataire qui a reçu un nom spécial. » — MITTEIS, *op.*

134. — Précisons et développons les conséquences de cette distinction. Dans le contrat par représentant, c'est au moment où la volonté du représentant a concouru avec celle du tiers que le contrat se forme ; si le contrat a été conclu entre commerçants, le tribunal compétent peut être celui du lieu où le représentant a contracté, non celui du défendeur, c'est à-dire du représenté. (Argt. art. 420 C. proc. civil.) Au contraire, dans le contrat conclu par messenger, la question du moment et du lieu de formation du contrat n'est pas aussi évidente, et est l'objet d'une vive controverse. Pour nous, le contrat est formé au lieu où le messenger a déclaré la volonté de son mandant. Certes, nous ne disons pas pour cela que le messenger a contracté, mais seulement que le contrat conclu par l'intermédiaire du messenger

cit., § 45, p. 131 ; BUCHKA, *op. cit.*, § 49, p. 206. — SCHLIEMANN, *op. cit.*, p. 14 et suiv., voit au contraire la différence entre le messenger et le représentant en ce que : est représentant le mandataire qui participe complètement à la conclusion du contrat ; est simple messenger celui qui ne représente le mandant que quant à la déclaration de volonté. — D'autres enfin font dépendre la différence de la façon dont le mandataire s'est comporté vis-à-vis des tiers. Le représentant se distingue du messenger parce que vis-à-vis du tiers il se comporte comme agissant par sa volonté propre, tandis que le messenger se présente au tiers comme étant l'organe de la volonté d'autrui. (ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 22-24). — HELLMANN est un des auteurs qui fait le mieux la distinction : le messenger n'est qu'un simple porte-parole jouant un rôle purement matériel, tandis que le représentant a conscience de l'acte auquel il prête son concours, *op. cit.*, p. 20. — Voir aussi différence entre le messenger et le mandataire, à un point de vue un peu différent dans LENEL. *Stellvertretung und Vollmacht*, p. 27 et suiv.

a été conclu au lieu où il a déclaré la volonté qui lui avait été confiée. Que faut-il en effet pour qu'un contrat existe ? Que ces volontés concourent sur un même objet, *duorum in idem placitum consensus*. Or, ce concours de volontés a lieu dès que la volonté de l'acceptant, se trouvant en présence de celle de l'offrant, adhère à celle-ci ; donc, si le messenger chargé de faire une offre a porté cette offre à la connaissance du tiers, et que celui-ci déclare l'accepter, c'est au moment de cette acceptation que le contrat se forme. A ce moment, en effet, le consentement des parties existe, il a cessé d'être un *propositum in mente retentum* ; leurs volontés ont pris possession l'une de l'autre, le contrat est parfait^{2 3 bis}. Il n'y a donc pas pour nous de différence entre le contrat par messenger et le contrat par représentant, au point

233 bis. Les systèmes sont nombreux sur cette question. Les uns prétendent que le contrat ne doit être considéré comme parfait qu'au moment où l'auteur des offres a été *informé* de leur acceptation. (Théorie dite de l'information, de la reconnaissance ou de la rescision.) Pour les partisans de cette théorie, il y a donc une différence entre le messenger et le représentant au point de vue du lieu de formation du contrat. Un autre système, auquel nous nous sommes rallié au texte, soutient au contraire que le contrat est parfait au moment où celui à qui une offre était faite, a *déclaré* l'accepter. (Théorie de la déclaration.) Entre ces deux conceptions opposées, quelques systèmes éclectiques : l'un prétend qu'il est impossible de poser sur cette question des règles générales, et emprunte aux systèmes précédents la solution qui semble la meilleure pour chaque cas spécial ; un autre soutient que, dans tout marché, l'offre à elle seule est obligatoire. On trouvera ces différents systèmes très clairement exposés dans l'ouvrage déjà cité de M. Valéry, p. 119 et suiv. V. aussi DOLBEAU, *Les contrats par correspondance*,

de vue du moment et du lieu de formation du contrat.

Il en est autrement en ce qui concerne la capacité respective du représentant et du messenger. Le messenger, n'ayant qu'un rôle passif dans la conclusion du contrat, peut être un individu frappé d'une incapacité absolue de conclure lui-même. C'est uniquement dans la personne de celui qui envoie le messenger que l'on doit exiger la capacité nécessaire pour contracter.

Enfin, quand un tiers cite en justice pour l'exécution du contrat un représentant comme étant partie contractante, si ce dernier répond qu'il a seulement contracté au nom et pour le compte d'autrui, il devra le prouver, et, s'il n'y réussit pas, exécuter personnellement le contrat.

Si, au contraire, celui qui est cité en justice pour l'exécution du contrat excipe de sa qualité de messenger, ce sera au demandeur à prouver le bien fondé de sa prétention. Dans ce cas, en effet, le défendeur nie simplement la prétention du demandeur, tandis que, dans la première hypothèse, le défendeur répond par une véritable exception : il ne nie pas avoir contracté, mais il prétend avoir contracté en qualité de représentant. Or, comme on doit présumer que l'on contracte en général pour son compte, ce sera au représentant à faire tomber cette présomption. (Argt. art. 1122 C. civ.)

§ 2

CONTRATS CONCLUS PAR LES ADMINISTRATEURS D'UNE PERSONNE MORALE
POUR LE COMPTE DE CETTE PERSONNE MORALE.

135. — Les administrateurs d'une personne morale sont-ils des représentants? La question ainsi posée peut surprendre; toute personne morale est en effet définie en général un « être de raison », un être « fictif »²⁵⁴; il semble par conséquent qu'elle soit incapable de vouloir, et que ses administrateurs ont bien pour but de la représenter, et sont des représentants au sens exact du mot. Ils paraissent manifester une volonté qui leur est propre; ils contractent pour le compte de la personne morale; l'effet des contrats conclus par eux se produit directement et immédiatement dans le patrimoine de la personne morale; ils ont l'intention d'agir pour cette personne morale : voilà réunis, semble-t-il, tous les éléments constitutifs de la représentation. Et de fait, dans le langage usuel, on appelle des admi-

254. C'est la conception courante dans la doctrine française. — Comp. VAULTIER, *Étude sur les personnes morales en dr. romain et en dr. français*. — SAINTELETTE, *Étude sur les personnes morales*, p. 248, écrit : « Il semble qu'on peut les définir : les sujets fictifs de droits patrimoniaux de la société ou de ses dérivés. » M LAURENT, *Droit civil français*, t. 1, p. 369, est le plus affirmatif : « Tout le monde est d'accord que les personnes dites civiles sont des êtres fictifs. » AUBRY et RAU, t. 1, § 54, p. 185.

nistrateurs des personnes morales des représentants. Ces administrateurs ne sont-ils pas là au surplus, pour compléter la personnalité juridique des personnes morales, en suppléant à leur défaut de volonté, comme un tuteur par exemple, complète la personnalité juridique du mineur ? Ce sont là assurément plus de raisons qu'il n'en faut pour justifier la tendance que l'on a de considérer les administrateurs des personnes morales comme des représentants.

136. — Or, une conception nouvelle est venue récemment jeter une note discordante dans ce concert unanime de la doctrine, et heurter de front cette idée que la personne morale est une fiction, idée plusieurs fois séculaire, qui était née dans les œuvres des canonistes du moyen âge ²⁵⁵, avait été adoptée par les post-glossateurs et nous avait été léguée par nos anciens auteurs. Cette conception a pris naissance en Allemagne. Le nouveau code civil Allemand n'aura peut-être pas le sort brillant de notre Code civil, en tout cas, la rédaction de ce Code aura eu pour résultat de provoquer un immense mouvement doctrinal, et de donner le jour à des théories nouvelles qui sont venues fixer des notions

²⁵⁵. M. SALEILLES a indiqué comment est née dans l'ancien droit l'idée d'une personne morale fictive. (*Étude sur les sociétés en commandite*, Annales de droit commercial 1895, p. 65 à 79 et 1897, n° de février, p. 29 et suiv.)

juridiques depuis longtemps incertaines. Il en est ainsi notamment de la thèse de la « réalité » des personnes morales dont nous avons eu déjà l'occasion, au début de cette étude, d'indiquer une des conséquences pratiques.

Cette thèse ²⁵⁶ peut se résumer dans la formule suivante : la personne morale est un être collectif réel, non une fiction ; elle a, comme tout être physique la capacité naturelle de vouloir et d'agir ²⁵⁷. La loi reconnaît l'existence de la personne morale, elle ne la crée pas ; le fondement de cette existence, c'est une volonté collective absolument distincte de la volonté des individus qui composent l'être moral. Cette volonté existe indépendamment de toute création de la loi ; la loi peut seulement la reconnaître ou la limiter, ou bien la prohiber.

Les conséquences de ce principe ? Au point de vue de la responsabilité de la personne morale, celle-ci est tenue des actes illicites de ses administrateurs, parce que ce sont ses propres actes.

137. — En ce qui concerne la conclusion des contrats, quelle est la situation de la personne morale ? Elle n'est pas représentée. La personne

²⁵⁶. Fondée par ZITELMANN et BESLER, cette théorie a été développée par GIERKE, *Reale gesamt Person*, et a fait école. (V. SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, p. 366, note 1.)

²⁵⁷. GIERKE, *op. cit.*, p. 724.

morale a en effet une volonté qui est la résultante de toutes les volontés individuelles, volonté réelle, sinon réalisée. « Pour être réalisée²⁵⁸, il lui manque des organes, mais ces derniers lui seront fournis par l'organisation des différents pouvoirs chargés d'administrer la société ; on dit généralement de ceux à qui cette mission incombe qu'ils sont les représentants de la collectivité ; rien n'est plus faux : on ne représente que ceux qui existent déjà. Un représentant est celui qui substitue sa personnalité juridique à une personnalité déjà existante ; tel n'est pas le rôle des administrateurs d'une collectivité : ils traduisent à l'intérieur et manifestent au dehors cette volonté collective, et une en même temps, qui est à la base de la personnalité civile ; ils lui servent d'intermédiaires, ils en sont les organes. Leur volonté, lorsqu'elle se produit dans la sphère de leur rôle social, n'est pas leur volonté propre se substituant à la volonté d'autrui, de telle sorte que l'on puisse distinguer entre deux personnalités différentes ; c'est la volonté même du corps social qui s'exprime par la leur. »

Cette façon de raisonner cadre tout à fait avec notre notion de la représentation : les admi-

258. Ce résumé de l'argumentation de GIERKE est emprunté à M. SALEILLES, *op. cit.*, p. 365.

nistrateurs d'une personne morale ne sont pas des représentants, parce que, lorsqu'ils contractent, ils ne déclarent pas leur propre volonté, mais sont seulement les organes de la volonté collective. Du moment où l'on admet la « *volonté naturelle* » de la personne morale, cela ne peut faire difficulté ; le tout est d'admettre cette volonté réelle.

Cette notion nouvelle choque assurément les idées reçues sur la personne morale ; aussi n'est-il pas surprenant que les auteurs français n'aient pas osé adopter entièrement cette conception et se détacher complètement du système traditionnel de la fiction : telle est du moins l'attitude prise tout récemment par M. Michoud ²⁵⁹.

259. MICHOD, *De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents*. (Revue de Droit public 1895, 1, p. 402 à 430.) — Notons qu'en France, il y a, depuis quelques années, une tendance à combattre le système traditionnel de la fiction. — Comp.: GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, p. 423 ; GEORG., *Etude sur la personnalité juridique*, thèse 1890, p. 11 et suiv. ; LAINÉ, *Journal de Droit international privé* 1893, p. 273, *Des personnes morales en Droit international privé* ; Van den HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, p. 56. Pour cet auteur la personnalité morale n'est pas une fiction, mais elle n'est pas non plus un être juridique qu'on puisse comparer à un être physique ; elle est une manière d'être de droits individuels. D'après M. CAPITANT, *op. cit.*, p. 124, « on peut considérer la personne morale comme un être, sinon réel, du moins comme une abstraction nécessaire que la loi ne crée pas, mais qu'elle admet parce qu'elle ne peut pas ne pas l'admettre, parce que c'est un organisme indispensable de la société moderne. » On trouvera dans l'ouvrage de M. Capitant une bibliographie très complète de la question, p. 107, note 1, et p. 122, note 1.

138. — Pour M. Michoud, la personne morale a une volonté, mais une « *volonté légale* » et non une volonté *naturelle*, comme le prétend Gierke. Sa formule est la suivante ²⁶⁰ : « Si la personne morale n'est pas un être doué de personnalité par la nature même, elle n'est pas non plus un être purement fictif; elle est un tout composé d'éléments réels et organisé par la loi. La vérité, dit-il encore ²⁶¹, se trouve entre les deux doctrines opposées : nous ne pouvons admettre que la personne morale soit une personne réelle, douée de la faculté de vouloir ou d'agir. Dans la réalité des choses, cette faculté n'appartient qu'à l'être humain, à la personne physique; ce que l'on considère comme la volonté de l'être moral, c'est au fond celle d'un ou de plusieurs représentants. Que l'on désigne ces représentants sous le nom d'organes, nous y consentons, mais à condition qu'on se rende compte de la différence entre ces organes et ceux de l'être physique. Dans celui-ci, ce n'est pas l'organe, c'est la personne même qui a la volonté et l'intelligence; l'organe n'est que son instrument passif. Dans la personne morale, c'est précisément l'inverse : ce n'est pas la personne morale, c'est l'organe qui veut et qui agit, et cet organe est lui-même

²⁶⁰. *Op. cit.*, p. 417.

²⁶¹. *Op. cit.*, p. 415.

une personne... Mais, d'autre part, la personne morale n'est pas un être purement fictif. »

139. — A première vue, on ne voit pas bien quelle peut être, au point de vue des conséquences pratiques, la différence entre le système de M. Michoud et celui de Gierke. A y regarder de plus près, on voit qu'ils arrivent à des conséquences très diverses.

Au point de vue spécial auquel se place l'auteur de la responsabilité de la personne morale pour les délits ou quasi-délits de ses agents, si les deux systèmes admettent que la personne morale est tenue des fautes contractuelles de ses préposés, M. Michoud se refuse au contraire à la rendre responsable de ses fautes délictuelles : au fond, tout en voulant prendre le milieu entre les deux systèmes opposés, il penche beaucoup plus du côté du système de la fiction ²⁶².

Si maintenant l'on se place au point de vue qui nous intéresse : la conclusion des contrats par les administrateurs de la personne morale, la scission apparaît profonde entre les deux systèmes : tandis que Gierke dit que les

²⁶². Du reste, M. Michoud le dit lui-même : « Nous aboutissons à une formule qui peut être acceptée par les partisans de la fiction » ; et ailleurs, critiquant une des conséquences du système de GIERKE, il écrit : « Ce système ne tiendrait pas suffisamment compte de ce fait que le transport des conséquences de l'acte à la personne morale n'a en somme qu'un caractère artificiel et purement légal. »

représentants de la personne morale ne sont pas des représentants au sens exact du mot, M. Michoud les considère au contraire comme des représentants ²⁶³.

140. — Où est la vérité ? Il faut dire que les personnes morales ont une volonté réelle, et que les organes de cette volonté ne sont pas des représentants au sens exact du mot.

On objecte que l'organe d'une personne morale veut et agit, tandis que l'organe d'une personne physique n'est qu'un instrument passif : là est l'erreur. L'administrateur de la personne morale agit ; oui, mais il ne veut pas : c'est la personne morale qui veut, et il n'est que l'écho de cette volonté.

On répète constamment que la personne morale est un être juridique : qu'est-ce que cela veut dire ? Qu'elle a la personnalité juridique. Or, avoir la personnalité juridique n'est-ce pas essentiellement avoir une volonté, être capable de s'obliger par ses délits comme par ses contrats ? Si donc, ce que nul ne contestera, la personne morale est un être ayant la personnalité juridique, cet être est capable de vouloir,

263. *Op. cit.*, p. 417. « Représentants ou *organes* », dit, il est vrai, M. Michoud, qui confond ainsi deux situations juridiques absolument différentes. — Gierke dit avec raison que les administrateurs d'une personne morale ne sont pas des représentants, parce qu'ils ne déclarent pas leur volonté propre, mais sont seulement les agents de transmission de la volonté de la personne morale.

capable de contracter ; il peut agir sans être représenté. Lorsqu'un administrateur contracte, ce n'est pas la volonté de cet administrateur qui fait naître le contrat dont les effets se produiront dans le patrimoine d'autrui, c'est-à-dire dans le patrimoine de la personne morale, c'est la volonté de la personne morale. Il n'y a pas là, séparation de la cause et de l'effet : le patrimoine dans lequel se produit le résultat de l'acte conclu par l'administrateur est aussi le patrimoine de la personne qui a voulu à cet acte. Ne parlons donc pas de représentation.

141. — Il semble qu'en voyant des représentants dans les administrateurs des personnes morales, on veuille faire jouer à ces individus le même rôle qu'aux administrateurs des personnes physiques incapables. L'administrateur veut pour la personne morale, comme veut le tuteur pour le mineur ; tous deux suppléent à l'absence d'une volonté. Or, rien n'est plus faux qu'une telle comparaison : la personne morale n'est pas incapable de vouloir²⁶⁴ ; elle a une volonté réelle qui résulte et en même temps est distincte de la volonté de ceux qui la composent. Il y a une volonté réelle de la personne morale, comme

264. Ainsi que le remarque très bien M. CAPITANT, *op. cit.*, p. 153, « les personnes morales ont des personnes physiques comme représentants, non parce qu'elles sont incapables, mais parce que, par la force même des choses, elles ne peuvent agir directement. »

il y a une volonté nationale. Qui oserait soutenir que la volonté nationale est une fiction, et que ce qu'on appelle les représentants de la volonté nationale ne sont autre chose que ses organes ? La personne morale veut par ses administrateurs, comme veut la nation par ses représentants. Le nier, c'est nier la personnalité juridique de l'être moral ; c'est se refuser à voir dans la volonté l'élément essentiel de la personnalité juridique. La loi protège et reconnaît les droits de la personne morale ; cela veut dire qu'elle reconnaît et protège la volonté de cette personne : « qu'est-ce en effet qu'un droit, sinon une volonté protégée par la loi²⁶⁵ ? » Il n'est donc nullement absurde, comme on l'a dit²⁶⁶, de prétendre à la volonté et à la capacité des personnes morales.

142. — Nous nous séparons cependant sur un point du système de Gierke. Il dit : « les administrateurs de la personne morale ne sont pas des représentants, parce qu'on ne représente que ceux qui existent déjà. » Nous avons vu, au contraire, qu'on peut représenter une personne qui n'existe pas encore, précisément parce que le représentant manifeste une volonté propre. Il faut donc tout simplement dire que les administrateurs des personnes morales ne sont pas

265. MICHOD, *op. cit.*, p. 417.

266. SAINTELETTE, *loc. cit.*, p. 248.

des représentants, parce qu'ils ne veulent pas, mais sont seulement les organes de la volonté de ces personnes morales.

143. — Ce n'est pas à dire pour cela qu'une personne morale ne peut pas agir par des représentants; comme toute personne physique, elle peut avoir des préposés auxquels on appliquera les règles que nous avons posées sur la représentation.

En un mot, une personne morale, comme un être physique, ayant la personnalité juridique est représentée ou non dans un contrat, selon que l'administrateur déclare sa propre volonté ou la volonté de la personne morale. Mais, en principe, les administrateurs d'une personne morale ne sont que les organes de la volonté de la personne morale; — ils ne sont pas des représentants au sens exact du mot.

SECTION II

Ceux qui ne font qu'aider une personne dans la détermination de sa volonté ne sont pas des représentants²⁶⁷.

144. — Ne peuvent être considérés comme des représentants les personnes dont le rôle se

²⁶⁷. Cf. ARNDTS-SERAFINI, *op. cit.*: § 76, note 4 a; — TARTUFARI, *op. cit.*, § 50 et 51, p. 69 et 70; — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. IV, n° 26, p. 27. — V. aussi GUBILOUARD, *Du mandat*, nos 23-25.

borne à faciliter à quelqu'un la conclusion des contrats, qui, dans la formation du contrat, servent d'intermédiaires, de conciliateurs, de médiateurs : tels le conseil d'une personne, son avocat, les courtiers, les agents de change ²⁶⁸.

Ces diverses personnes ne peuvent, en effet, être considérées comme participant directement à la conclusion du contrat : elles provoquent la rencontre des volontés ; mais le contrat est toujours le résultat de la volonté des parties directement manifestée ²⁶⁹. Il est bien entendu toutefois que, si le médiateur a reçu mandat, non seulement de préparer la formation du contrat, mais aussi de conclure ce contrat en qualité de représentant, cette qualité de représentant absorbe celle de médiateur, et l'on fait alors l'application de tous les principes de la représentation. Au contraire, si le médiateur n'a pas d'autre rôle que de faire entrer en pourparlers deux personnes qui désirent contracter ensemble, le contrat produira exclusivement ses effets entre les parties qui l'auront conclu. On est alors complètement en dehors du domaine de la représentation.

268. Voyez, pour la différence entre le courtier, l'agent de change et le commissionnaire : LYON-CAEN et RENAULT, t. III, n° 416 ; — TROPLONG, *Du mandat*, n° 66, p. 70 et suiv.

269. Il en résulte qu'il faut considérer le contrat comme conclu entre présents et qu'il n'y a rien de particulier, quant au moment et au lieu de formation du contrat — Cf. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit. supra*.

145. — La question de savoir si les intermédiaires sont des représentants se présente surtout au sujet de ceux qui sont préposés à la vente des marchandises ou à la conclusion d'affaires pour le compte d'une maison de commerce : commis, commis voyageurs, représentants de commerce ²⁷⁰.

Si les commis voyageurs sont des représentants, il en résulte que c'est au moment même où ils ont traité que le contrat se forme, et que se produit l'effet de ce contrat dans le patrimoine du préposant. De là découlent des conséquences pratiques très importantes :

1°) Le contrat étant formé au moment où la volonté du commis voyageur concourt avec celle de l'acheteur, ce dernier ne peut pas renoncer au contrat sous le prétexte que la maison pour laquelle traite le commis voyageur n'a pas été avertie et n'a pas ratifié ; et, de son côté, le préposant ne peut pas, pour le même motif, se

270. Le commis voyageur se distingue du placier en ce qu'il agit presque toujours pour le compte de la même maison, tandis qu'on désigne plus spécialement par placier « celui qui est employé tantôt par un commerçant, tantôt par un autre, sollicitant des commandes pour tous ceux qui veulent s'adresser à lui. » — RIVIÈRE, *Du commis voyageur et de son préposant*, n° 93, p. 109. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. III, p. 377. — S'il s'agit d'un placier, on présume ordinairement qu'il n'a pas pouvoir de contracter, mais seulement de transmettre les offres qu'il reçoit. — Cf. GUILLOUARD, *Du mandat*, n° 51, p. 370, et les arrêts cités note 2. Sur la distinction du commis voyageur et du commissionnaire, v. LYON-CAEN et RENAULT, t. II, p. 416.

refuser à exécuter le contrat conclu par son préposé ²⁷¹.

2^o) La question du lieu de formation d'un contrat étant intimement liée à celle du moment où il a été conclu, il faut décider, si le commis voyageur est un représentant, que le contrat entre le client et la maison de commerce a été conclu au lieu où le commis voyageur a traité avec l'acheteur, c'est-à-dire, le plus souvent, au domicile du client. Si donc une contestation s'élève, soit de la part du préposant qui refuse d'exécuter un contrat conclu par le commis voyageur, soit de la part du client qui ne veut pas se livrer, ou n'accepte pas les conditions qui lui ont été imposées par le commis voyageur, le tribunal compétent pourra être celui du domicile de l'acheteur. (Argt. art. 420 du C. proc. civ.) ²⁷².

3^o) Autre intérêt enfin, au point de vue de l'interprétation, à donner en cas de doute au contrat; il est de règle, en effet, que l'on se réfère aux usages ou aux lois du pays où le contrat a été conclu pour l'interpréter. Par suite, le commis voyageur est-il un représentant, ce

271. C'est au sujet de l'application de l'art. 420 C. proc. civ. que la question que nous examinons s'est posée le plus souvent devant les tribunaux. (Cass. 25 fév. 1879. S. 79, 1, 153, la note de M. LYON-CAEN et les renvois.)

272. Voir Paris, 14 nov. 1894 (D. 95, 2, 49, — S. 95, 2, 179).

sont les lois du pays qui seront applicables ; n'est-il pas un représentant, on suivra les règles du pays dans lequel se trouve sa maison de commerce ²⁷³.

Les auteurs donnent des solutions différentes sur cette question, et il en est de même des arrêts ²⁷⁴.

Il y a un cas dans lequel la question ne se pose pas : lorsque le commis voyageur a reçu de son patron mandat de conclure pour le compte

273. LYON-CAEN et RENAULT, T. III, n° 547, p. 396.

274. Le système qui semble triompher aujourd'hui consiste à déclarer qu'en l'absence de pouvoirs exprès, la solution dépend uniquement des circonstances dans chaque affaire. — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 51 — LYON-CAEN et RENAULT, T. I, n° 840. — RIVIÈRE, *Du commis voyageur*, n° 95, p. 109. — On peut seulement distinguer selon que le commis voyageur a reçu les pouvoirs nécessaires pour contracter, auquel cas il oblige nécessairement son patron, vu qu'il n'a pas de pouvoir : le patron n'est alors engagé que s'il a ratifié. Cf. : LYON-CAEN et RENAULT, T. III, n° 29, p. 26; — RIVIÈRE, *op. cit.*, n° 186; — Dijon, 21 avril 1865 (D. 1865. 2, 111). — Cass.; 24 août 1852 (D. 52. 1, 225, la note et les renvois); — Cass. 25 février 1879 (S. 79, 1. 153, et la note de M. LYON-CAEN); — Montpellier, 3 juillet 1885 (S. 86, 2, 56). — Les arrêts récents interprètent très restrictivement les pouvoirs des commis voyageurs : des arrêts de Besançon, 4 mai 1880 et 10 janvier 1881 (S. 1881, 2, 188, la note et les renvois) déclarent qu'un négociant ne peut être lié par son commis voyageur ayant seulement pouvoir de préparer les marchés, alors même que ce commerçant avec lequel a traité le commis voyageur a cru de bonne foi qu'il avait qualité pour traiter comme représentant. (*Contra* le jugement réformé par la cour de Besançon.) — Un arrêt de la Cour de Paris du 14 novembre 1895, *cit. supra*, va encore plus loin et décide que « les commis voyageurs ne sont que de simples solliciteurs de commissions chargés, non pas de conclure définitivement des marchés, mais bien de recevoir des propositions qui ne se convertissent en mandat définitif qu'après acceptation de leur mandat. — Mais la ratification n'est nécessaire qu'autant que le commis voyageur l'a réservée. (Cf. LYON-CAEN et RENAULT, T. III, n° 525 et les arrêts cités p. 383, notes 1-3.)

de la maison des marchés avec les clients. Ici, le commis voyageur agit certainement comme représentant ; le contrat est conclu dès le moment où l'acheteur acceptait l'offre qui lui était faite. La question se pose seulement dans le cas où le commis voyageur n'a pas de contrat nettement défini ; dans quelle mesure peut-il lier son patron ?

146. — Le patron est lié lorsque le commis voyageur et le client ont eu l'intention de faire un contrat par représentant, et que le patron a manifesté une volonté conforme, ou a ratifié l'acte de son représentant.

Si le commis voyageur dit à l'acheteur : je vous vends sous condition de ratification, c'est au moment et au lieu où il s'est rencontré avec l'acheteur que se forme le contrat. En réalité, le maître prend pour lui un contrat qui était fait par le gérant d'affaires. Ce n'est pas un contrat nouveau qui se forme ²⁷⁵ ; c'est le même contrat conclu conditionnellement par le commis voyageur qui reçoit son exécution. Dans ce cas, le commis voyageur a agi comme représentant : il a déclaré sa volonté propre ; il a eu l'intention d'agir pour la maison de commerce, et l'effet du

275. Cf. : LABBÉ, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires* n° 8, p. 11 ; — LYON-CAEN et BENAULT, t. III, n° 29, p. 27. — RIVIÈRE, *op. cit.*, n° 486.

contrat se produit immédiatement entre le préposant et le tiers.

147. — Il faut surtout remarquer ici qu'il suffit, pour qu'il y ait représentation, que le commis voyageur ait eu l'intention d'agir pour le compte de son patron, et que le tiers avec lequel il contracte ait su qu'il traitait avec un préposé, et ait eu l'intention de traiter avec un préposé. Mais il suffit que le tiers ait connu le fait de la préposition; il n'est pas nécessaire, pour qu'il se trouve lié, que le commis voyageur déclare agir au nom de son patron. Nous avons vu²⁷⁶ qu'il en était ainsi en droit romain de *l'institor* ou du *magister navis*: l'action directe était donnée contre le préposant, bien que le préposé n'eût pas déclaré le nom de son maître. Les situations du préposé romain et du commis voyageur sont en effet semblables. Nos commis voyageurs se présentent souvent eux-mêmes comme étant la partie contractante, sans se référer à leur patron autrement que par les faits et circonstances dans lesquels ils traitent. Malgré cela, personne ne doute que ce contrat ait eu lieu au nom d'un tiers, même dans le cas où le commerçant avec lequel a traité le commis ignore le nom du représenté. Aussi, pour que

²⁷⁶. Tribunal de la Seine, 9 octobre 1896 (S. 97, 2, 140).—V. *supra*, n° 89 pour les détails.

l'action directe soit donnée contre le patron du commis voyageur, doivent être requises seulement les mêmes conditions exigées pour que fût accordée aux Romains l'action *institoria*, c'est-à-dire qu'il suffit que le commis voyageur ait contracté dans les limites de ses fonctions, et de plus, que le commerçant ait su²⁷⁷, peu importe de quelle façon, qu'il traitait avec un commis voyageur.

Du reste, on peut affirmer que, de même que les commerçants romains n'étaient pas souvent dans l'incertitude sur le point de savoir si l'affaire traitée par le « *nauta* » ou par *l'institor* avait été conclue dans les limites de la préposition, de même chez nous, où les moyens de communication et de réclame sont encore plus développés, les commerçants savent le plus souvent à quoi s'en tenir lorsqu'ils concluent leurs marchés²⁷⁸.

277. V. un jugement rapporté dans *Sirey*, 1881, 2, 188, qui décide qu'un patron est engagé bien que le commis voyageur ait agi hors des limites de son mandat : « Attendu que l'acheteur contractant était de bonne foi, et qu'il n'est pas dans les usages commerciaux d'exiger la constatation des pouvoirs conférés à un représentant notoirement connu pour traiter au nom d'une maison. »

278. Cf. LENEL, *Handeln und fremdem Namen und die actiones adjecticiæ qualitatis*, loc. cit., p. 134 et p. 137. — Plusieurs codes étrangers présumant chez le commis le pouvoir de représenter : art. 50, c. com. allem. ; — c. com. hongrois, art. 37 à 40, 43 à 48 ; — code suisse des obligations, art. 422, 423, 426, 429. — V. au surplus, pour les législations étrangères, LYON-CAEN et RENAULT, T. III, n° 529 bis, p. 385.

SECTION III

Il ne faut pas confondre représentation et stipulation pour autrui.

149. — Il a déjà été dit plus d'une fois qu'il fallait nettement distinguer les contrats stipulés en faveur des tiers des contrats par représentants²⁷⁹. C'est là une distinction qui s'impose ; et, pour la marquer, il suffit d'ajouter ou de retrancher le mot représentant à une même définition : il y a représentation quand une personne, déclarant sa propre volonté, stipule que le contrat produira directement ses effets dans le patrimoine d'une autre qu'elle représente ; il y a stipulation pour autrui quand une personne, déclarant sa volonté propre, stipule que le contrat produira directement ses effets dans

279. V. : VIGNES, *Des rapports de la gestion d'affaires et de la stipulation pour autrui* ; TARTEFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, §§ 109, 121, 125, 127, et *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, p. 67, § 48 et suiv. — M. CHAMPEAU, *Stipulation pour autrui*, p. 54, adopte le criterium suivant : « Pour savoir, dit-il, si l'on se trouve en présence d'un contrat en faveur d'un tiers ou d'un cas de représentation, il faut pratiquement rechercher quelle est la cause de l'engagement du promettant, et décider qu'il n'y a de véritable stipulation pour autrui que si cette cause se trouve dans les rapports du stipulant et du promettant. — Il y aura au contraire représentation, si la contre-partie de l'obligation de ce dernier provient ou doit provenir, par suite d'un recours du stipulant, du patrimoine du tiers. »

le patrimoine d'une autre personne qu'elle ne représente pas ²⁸⁰.

Veut-on préciser davantage la distinction, il suffit de se rappeler l'effet de la représentation quant au représentant : il reste complètement en dehors du rapport que sa volonté a contribué à créer ; tous les effets du contrat se produisent uniquement dans le patrimoine du représenté. Dans la stipulation pour autrui au contraire, le tiers a bien comme le représenté un droit direct contre le promettant pour exiger l'exécution de la promesse faite en sa faveur ; mais, de plus, il y a toujours entre le stipulant et le promettant des droits et des obligations réciproques.

La plupart des auteurs disent que le criterium entre les contrats en faveur des tiers et les contrats par représentants consiste en ce que, dans un cas, le stipulant agit en son propre nom, tandis que, dans l'autre, il parle au nom d'autrui ²⁸¹. Ce que nous avons démontré dans notre étude des conditions de la représentation ne nous permet pas d'adopter ce criterium : ce n'est pas la forme qu'il faut regarder, mais l'intention des

²⁸⁰ Cf. SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, p. 260, n° 246. — Pour qu'il y ait stipulation pour autrui, « il faut supposer qu'un individu stipule d'un autre que celui-ci exécutera telle prestation au profit d'un tiers dont le stipulant n'est pas le représentant, et qui est lui-même absolument étranger au contrat. »

²⁸¹ V. : VIGNES, *op. cit.*, p. 272 et suiv. ; — TARTUFGARI, *Della rappresentanza*, p. 67.

parties ; et nous avons vu qu'un mandataire ou un gérant d'affaires pouvaient, tout en parlant en leur nom, créer un rapport de représentation, donnant au représenté une action directe contre le tiers contractant. Si, pour faire la distinction entre la stipulation pour autrui et la représentation, on veut se placer au point de vue de leur physionomie externe, il serait plus exact de dire que l'agissement *suo nomine* est de l'essence de la stipulation pour autrui, tandis que l'agissement *alieno nomine* est seulement de la nature de la représentation.

Mais, à vrai dire, la distinction est bien plus nette, si l'on envisage les deux rapports, non dans leur formation, mais dans leurs effets : la stipulation pour autrui, comme la représentation, met en présence trois personnes ; dans le premier cas, deux ont le droit d'exiger l'exécution du contrat : le stipulant et le bénéficiaire ; dans le second cas, le représenté seul a une action directe. On peut encore dire que la stipulation pour autrui crée un rapport entre trois personnes et aussi entre trois patrimoines ; la représentation, elle, ne crée de rapports qu'entre les deux patrimoines du tiers contractant et du représenté ²⁸².

282. On peut ramener à quatre les différences pratiques les plus saillantes entre la stipulation pour autrui et le contrat par représentation : 1° Le représentant n'acquiert pas de droit contre celui avec

La distinction entre la stipulation pour autrui et la représentation est d'ailleurs suffisamment faite dans la langue du droit pour qu'il soit inutile d'y insister davantage : on dit du bénéficiaire de la stipulation pour autrui qu'il est un *tiers* par rapport au contrat passé entre le stipulant et le promettant ; dans le deuxième rapport, au contraire, le bénéficiaire n'est pas un tiers ; il est partie au contrat conclu pour son compte par le représentant. La stipulation pour autrui fait brèche au principe de la personnalité du contrat ; la représentation élargit seulement les effets de ce principe ²⁸³.

lequel il contracte ; le stipulant pour autrui reste partie au contrat, même après l'acceptation du tiers ; — 2° dans les deux cas, le droit est acquis au bénéficiaire du jour du contrat ; mais, tandis que le tiers bénéficiaire ne peut être contraint à accepter ce droit (*invito beneficium non datur*. L. 69. Dig. de R. J. 50, 17. Voir au surplus : LAMBERT Thèse romaine, p. 154 et suiv. ; — CHAMPEAU, *op. cit.*, p. 172 et suiv.), le représenté est parfois obligé d'accepter les droits et obligations qui résultent du contrat passé par le représentant ; — 3° la capacité de s'obliger et la qualité de commerçant doivent, dans le cas de représentation, être considérées dans la personne du représenté ; dans le contrat en faveur d'un tiers, dans la personne du stipulant ; — 4° Enfin, quant à la question du caractère gratuit ou onéreux du contrat, dans le cas de représentation, on devra seulement s'en tenir à l'examen des rapports entre représentant et représenté ; dans le cas de stipulation pour autrui, au contraire, il faudra distinguer très nettement les rapports entre stipulant et promettant, entre promettant et tiers, et leur appliquer séparément les règles qui les concernent. — TARTUFARI, *loc. cit.* — ZIMMERMANN, *op. cit.*, s. 50 à 83. — VIGNES, *op. cit.*, p. 272 et suiv.

283. Nous admettons en effet que, dans la stipulation, pour autrui le droit du tiers naît directement, et avant toute acceptation de sa part, du contrat passé entre le stipulant et le promettant. Il y a là une dérogation au principe de la personnalité des effets du contrat, puisque le bénéficiaire du contrat est tiers par rapport à ce contrat ; le repré-

150. — Malheureusement, il en est de la distinction entre la stipulation pour autrui et de la représentation comme de beaucoup d'autres distinctions : en théorie, elles apparaissent

senté tient lui aussi son droit directement du contrat, mais il est partie à ce contrat par l'intermédiaire de son représentant. Cette théorie sur le caractère du droit du bénéficiaire, qui a pour elle ses avantages pratiques et peut s'appuyer sur une tradition plusieurs fois séculaire (V. LAMBERT, *op. cit.*, Thèse romaine, p. 153 et suiv., thèse française, p. 73 à 115), n'a cependant pas été unanimement admise. Les auteurs de la première moitié de ce siècle ne voyaient pas dans l'art. 1121 une dérogation au principe de la personnalité des effets du contrat : la stipulation pour autrui était une offre faite par le stipulant au bénéficiaire, l'acceptation de cette offre créait un contrat entre stipulant et bénéficiaire, contrat dans lequel le bénéficiaire puisait son droit ; la convention entre stipulant et promettant lui restait complètement étrangère. (V. LAURENT, t. xv, n° 559.) La jurisprudence, pour donner satisfaction à la pratique, dut modifier ce système, qui arrivait en définitive à supprimer l'art. 1121 : elle décida que le droit ne naît au profit du tiers que par son acceptation, mais que cette acceptation rétroagit au jour du contrat passé entre le promettant et le stipulant. (Voir les arrêtés cités dans LAMBERT, *loc. cit.*, p. 22 et suiv.) Cette assimilation erronée de l'acceptation, élément de formation du contrat, à une condition, événement qui en suspend seulement ou en arrête les effets (V. LABBÉ, note sous Douai, 6 nov. 1886, S. 88, 2, 97, et sous Cass., 2 juillet 1884, S. 85, 1, 5), devait servir de base à la théorie qui considère que la stipulation pour autrui est faite sous une condition alternative en faveur du bénéficiaire et en faveur du stipulant. (M. BOISTEL, note sous Caen, 3 janvier 1888, D. 89, 2, 129.) On a démontré que ce système, taillé sur le patron de l'assurance-vie, ne pouvait expliquer les autres applications de la stipulation pour autrui. (V. LAMBERT, *loc. cit.*, p. 32 à 52.) Mais en outre il se heurte à la même objection que le système de la jurisprudence : il fait de l'acceptation une condition suspensive de la naissance d'un droit ; et c'est encore la confusion de l'acceptation avec la condition qui a fait appliquer l'art. 1121, la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. (WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source des obligations.*) L'offre oblige par elle-même celui qui l'émet. • L'acceptation est donc simplement la condition dont l'arrivée fait porter effet à l'engagement pris par le promettant dans sa déclaration unilatérale de volonté. L'acceptation de l'offre ne fait pas naître un droit ; elle réalise seulement la

nettes, saillantes, interrogez les faits, tout change, ce qui paraissait net est vague, incertain ; que l'on place l'une à côté de l'autre une hypothèse de représentation et une hypothèse de stipulation pour autrui, et l'on sera étonné de voir combien est pâle la nuance qui les différencie ²⁸⁴. Bien plus, dans certains cas, la distinction ne peut plus être faite : telle hypothèse

condition dont ce droit est affecté.» Cette théorie, qui attaque de front le principe français que toute offre est révocable, et que l'offrant n'est lié qu'au moment où l'acceptation concourt avec l'offre, ne peut être admise dans notre droit. La stipulation pour autrui ne repose pas sur une offre : le droit naît au profit du stipulant par le seul fait de la conclusion du contrat ; en acceptant, le tiers bénéficiaire n'accepte pas une offre, auquel cas le contrat ne naîtrait pour lui qu'au moment de cette acceptation ; il accepte, il prend pour lui un droit déjà formé ; ce droit est une suite du contrat intervenu entre stipulant et promettant, et rien ne s'oppose à ce qu'il soit révoqué tant que le bénéficiaire n'en a pas pris possession. De ce qu'un droit est acquis à quelqu'un, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse être révoqué. (Argt art. 1056.) Et d'ailleurs, nos anciens auteurs qui admettaient la naissance du droit du bénéficiaire avant l'acceptation reconnaissaient en même temps la révocabilité de ce droit. (V. LAMBERT, p. 50 et suiv.)

284. Cette nuance est parfois tellement faible, qu'elle a permis à la jurisprudence de faire reconnaître la validité de la stipulation pour autrui en la déguisant sous l'apparence d'une gestion d'affaires. C'est ainsi que la jurisprudence a pu faire accepter cette idée, en opposition avec la doctrine du début de ce siècle, que le tiers bénéficiaire avait un droit propre, indépendant du patrimoine du stipulant. Bien plus, certains auteurs, poussant plus loin l'assimilation, ont été jusqu'à prétendre que toute stipulation pour autrui constituait un acte de gestion d'affaires. (V. POTHIER, n° 59, et surtout DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 236 et suiv.)—« La théorie de la gestion d'affaires, dit-il, se rapproche particulièrement de la stipulation pour autrui, et il y a même entre elles une sorte de combat dans lequel cette dernière a déjà reçu de rudes échecs, et où il se pourrait bien qu'elle finit par succomber. » Depuis le jour où ces lignes ont été écrites, la stipulation pour autrui a pris largement sa revanche, et la gestion d'affaires semble presque hors de combat.

rentre-t-elle dans le cadre de l'article 1121 du Code civil ; est-elle au contraire du domaine de la représentation ? Les principes que notre raisonnement a forgés s'émoussent au contact brutal des faits, et deviennent hors d'usage. Il faut pourtant bien couler le fait dans l'un des deux moules, stipulation pour autrui ou représentation, que notre logique a pétris ; le fait paraît ne vouloir entrer dans aucun, ou, au contraire, il semble pouvoir aller dans l'un et dans l'autre, et vous ne vous décidez pour celui-ci plutôt que pour celui-là que par des tendances, et parce qu'en somme il faut bien prendre un parti.

C'est ce qui est arrivé dans la pratique pour la stipulation pour autrui et la représentation : elles ont plus d'une fois lutté pour les mêmes causes ; et, si l'une a triomphé de l'autre, il ne faut voir là qu'une solution de tendance plutôt que la stricte application des principes.

La pratique moderne fournit notamment quatre exemples bien connus de ce conflit entre la stipulation pour autrui et la représentation : l'assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé, l'assurance collective contre les accidents du travail, les contrats d'utilité publique, la cession de dettes. L'assurance-accidents a été étudiée déjà ; il faut examiner seulement ici les trois autres cas. Cet examen sera forcément limité : ce serait

s'exposer à d'inutiles redites que d'examiner en détail chacune de ces hypothèses ; ce serait sortir en même temps des limites de ce travail. En réalité, un seul point ici nous intéresse et doit nous retenir : les conflits entre la stipulation pour autrui et la théorie de la représentation, et la difficulté que l'on éprouve, dans certains cas, à dégager la notion de représentation de celle de stipulation pour autrui.

I. — *Assurance-vie au profit d'un tiers déterminé.*

151. — On constate aujourd'hui une tendance très accentuée à mettre une partie du patrimoine à l'abri des risques, des spéculations commerciales et de l'action des créanciers, à créer, en un mot, une réserve au profit de la famille. Projets variés de *homestead*, insaisissabilité des petits traitements, introduction croissante de la dotalité dans tous les contrats de mariage sous la forme de clauses de remploi, assurance-vie sous ses diverses formes : ce sont là les symptômes divers d'une même tendance. L'assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé nous intéresse seule ici.

Une personne stipule d'une compagnie d'assurances que, moyennant le payement d'une prime annuelle de 500 fr., cette compagnie versera à sa mort un capital de 25,000 fr. à son fils.

La validité d'une telle stipulation est regardée comme valable. Mais quel résultat veut-on obtenir ? Donner une action directe au bénéficiaire contre la compagnie pour se procurer le capital.

152. — Le moyen d'arriver à ce résultat ? Il était double : ou bien considérer le stipulant comme le gérant d'affaires du bénéficiaire, ou appliquer l'article 1121. Les deux moyens ont été simultanément proposés et défendus ; c'est la stipulation pour autrui qui a triomphé. Les arrêts se bornent à renvoyer à l'article 1121, et on peut dire qu'aujourd'hui leur solution fait loi ²⁸⁵.

Tandis que, dans la jurisprudence, un courant très fort s'établissait en faveur de la stipulation pour autrui, un courant contraire se formait dans la doctrine en faveur de l'application des principes de la gestion d'affaires à l'assurance sur

285. — On retrouve la même formule dans tous les arrêts : « Attendu que l'assurance sur la vie, lorsque le bénéfice en est stipulé au profit d'une personne déterminée, comporte exclusivement l'application de l'article 1121. » (Cass., 16 janvier 1888 ; S. 88, I, 127 ; D. 88, I, 77. — Cass., 23 janvier 1889 ; D. 90, I, 73 ; S. 90, I, 353, et la note de Labbé. — Cass., 8 avril 1893 ; D. 95, I, 441 ; S. 95, I, 266. — C'est aussi la solution qui triomphe dans la doctrine : LAMBERT, *La stipulation pour autrui*, p. 263 à 286 ; — COULAZON, *La stipulation pour autrui dans l'assurance sur la vie* ; — LEFORT, *Traité du contrat d'assurance sur la vie*, I, p. 214 et suiv. ; — DUMONT, *De l'attribution de l'indemnité d'assurance sur la vie*, p. 227 ; — CHAMPEAU, *op. cit.*, p. 182 ; — BAUDRY-LACANTINIERE et BARDE, *Obligations*, t. I, n° 193, p. 208.

la vie. Le système de la gestion d'affaires fut défendu par l'apôtre de la gestion d'affaires, M. Labbé, dans des notes devenues célèbres ²⁸⁶. Il trouva peu d'écho dans les arrêts ²⁸⁷; et, dès 1892, M. Labbé reconnaissait « qu'il fallait accepter les décisions émises par plusieurs arrêts conformes qui ont mis en circulation des formules invariables et presque sacramentelles ²⁸⁸. »

153. — Le système de la gestion d'affaires se tient pourtant bien en droit. Voici, en effet, comment il était formulé par son promoteur : « Le tiers bénéficiaire joue le rôle d'assuré. Le contrat d'assurance ne devient parfait à son égard que par la ratification ; devenu parfait, il rend ce tiers créancier de l'assureur. Il faut faire du tiers appelé au bénéfice du contrat le véritable assuré, et faire du stipulant un simple gérant d'affaires ; alors, l'adhésion qu'exprime le tiers est une ratification qui rétroagit au jour du contrat. Le tiers qui a ratifié est créancier direct de l'assurance, comme s'il avait contracté lui-même. Le capital de l'assurance n'a jamais fait partie du patrimoine du stipulant ; il ne doit, à la

²⁸⁶. Notes dans SIREY, 77, 1, 393 ; 83, 1, 5 ; 88, 2, 49, 97 et 177 ; 89, 1, 97 et 353. — V. aussi : RABATEL, *De la nature de l'assurance sur la vie*, p. 218 ; — MORNARD, *Du contrat d'assurance sur la vie* p. 181 ; — DESLANDRES, *De l'assurance sur la vie*, p. 113 et suiv.

²⁸⁷. Aix, 24 mars 1886, (S. 1887, 1, 214.)

²⁸⁸. Note de Labbé, (S. 92, 1, 177.)

mort de ce dernier, ni être compté pour le calcul de la réserve, ni servir de gage aux créanciers héréditaires.

Le système de la gestion d'affaires répondait donc bien au but poursuivi : le bénéficiaire peut ratifier après la mort du preneur ; par la ratification il obtient un droit personnel et direct ; le capital n'a pas fait partie du patrimoine du stipulant : pourquoi donc le système a-t-il été rejeté ?

154. — Les auteurs ont cherché à justifier juridiquement les solutions de la jurisprudence ; en examinant les principales objections qu'ils ont présentées à la théorie de la gestion d'affaires, il sera facile de se rendre compte que, si l'on veut justifier ou expliquer le système de la jurisprudence, il faut se placer sur un autre terrain que celui des principes rigoureux du droit. D'ailleurs, disons le dès maintenant, car la remarque a son importance, les arrêts ne réfutent pas la théorie de la gestion d'affaires ; ils renvoient purement et simplement à l'article 1121. Ils imposent une solution, ils ne la justifient pas.

Pour défendre l'application de l'article 1121, on a prétendu que, dans le cas d'assurance-vie au profit d'un tiers déterminé, les conditions essentielles du quasi-contrat de gestion d'affaires faisaient défaut ²⁸⁹.

289. Voir : WORMS, *opt cit*, p. 126 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE,

D'abord, dit-on, comme tout représentant, le gérant d'affaires agit au nom du maître avec l'intention de rester en dehors de l'acte qu'il passe, cet acte devant produire uniquement ses effets dans le patrimoine du maître. Or, il n'en est pas ainsi du souscripteur de l'assurance-vie; il ne traite pas au nom d'autrui, et n'a pas l'intention de s'effacer complètement du rapport qu'il crée, puisqu'il reste obligé au paiement des primes, même après la ratification.

En outre, le stipulant peut changer le bénéficiaire tant que ce dernier n'a pas accepté, et disposer ainsi à sa guise du droit à l'indemnité.

Certes, on ne peut prétendre faire revenir la jurisprudence sur le système qu'elle suit depuis si longtemps ; mais, en théorie, la question peut toujours s'agiter de savoir si le souscripteur est un représentant, ou fait un contrat en faveur d'un tiers tombant sous l'application de l'article 1121 : il serait cependant oiseux de s'attarder à la discuter ; elle ne comporte que de brèves observations.

155. — Au fond, il en est de cette question comme de toutes celles qui soulèvent un conflit entre la théorie de la représentation et celle de la

Obligations 1, n° 193 ; — LEFORT, *op. cit.*, 1, p. 209 à 213 ; -- VIGNES, *op. cit.*, p. 272 ; — LEVILLAIN, note dans DALLOZ (79, 2, 25).

stipulation pour autrui : la difficulté de trancher le conflit vient d'une notion fausse de la représentation.

L'on dit : comment est-il possible de changer le représenté, puisqu'il n'y a représentation que si le représentant a agi au nom du représenté ? Nous nous sommes suffisamment expliqué sur ce point pour qu'il soit inutile d'y revenir. L'agissement au nom du représenté n'est pas de l'essence de la représentation ; la représentation est toute dans une question d'intention, non de forme. Avec cette conception, il est donc possible de changer le représenté : puisqu'il n'a pas été nommé. Etc'est là ce qui se produit couramment dans l'assurance-accidents collective où le patron change souvent les ouvriers, c'est-à-dire les représentés, et aussi dans les assurances pour le compte de qui il appartiendra.

Dès lors, il n'y a aucune raison pour ne pas considérer le souscripteur d'une assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé comme étant un représentant. Il peut résilier le contrat en refusant de payer les primes ; il peut changer le bénéficiaire tant que l'assuré n'a pas accepté. Ce sont là des conditions qu'il pouvait mettre au contrat qu'il a passé ; la liberté des conventions le lui permet.

156. — Aussi, sommes-nous persuadé qu'en réfutant le système de la gestion d'affaires

pour justifier l'application que font les arrêts de l'article 1121, les auteurs font dire à la jurisprudence ce qu'elle n'a jamais voulu dire. Les arrêts appliquent l'article 1121 sans justifier cette application. Bien plus, il y a contradiction par la jurisprudence à appliquer ici l'article 1121, et à se ranger au contraire au système de la gestion d'affaires en matière d'assurance-accidents collective. Il y a cependant un lien entre ces deux hypothèses : dans les deux cas, le souscripteur stipule en son nom ; les bénéficiaires peuvent changer, c'est une action directe qu'on veut leur donner ; pourquoi donc des solutions différentes dans les deux cas ?

Pour nous, l'application de l'article 1121 en matière d'assurance-vie a été voulue par la jurisprudence, parce qu'elle ne voulait pas rompre brutalement avec des règles de droit traditionnelles. Or, quel était le résultat immédiat de l'application de la théorie de la gestion d'affaires à l'assurance-vie au profit de tiers déterminés ? Donner un droit personnel et direct au bénéficiaire, et faire considérer le capital assuré comme n'ayant jamais fait partie du patrimoine du souscripteur ; d'où cette conséquence qu'il ne serait pas compté pour le calcul de la réserve. Par la gestion d'affaires, on arrivait immédiatement à ce résultat qu'un père de famille pouvait échapper aux règles restric-

tives de la faculté de disposer, en stipulant au profit d'un de ses enfants un capital pouvant égaler toute sa fortune. L'enfant, tenant ce capital directement de la compagnie, non du stipulant, ne le recueillait pas à titre de succession, et n'avait donc pas à redouter la réduction. Un tel résultat, en portant atteinte au principe de l'égalité des partages et de l'intégrité de la réserve, eût produit un changement trop brutal, qui eût suscité, sans nul doute, de vives protestations.

Or, en appliquant l'article 1121, la jurisprudence n'est parvenue à ce résultat qu'après une évolution de plus de vingt ans.

Après avoir considéré pendant longtemps le bénéficiaire comme recueillant le capital dans le patrimoine du stipulant, elle en vient insensiblement, tout en restant fidèle à l'article 1121, à déclarer que la compagnie était directement engagée envers le bénéficiaire, et que le capital assuré ne passait pas par le patrimoine du souscripteur. L'arrêt du 2 juillet 1884 ²⁹⁰ en tire cette première conséquence que le capital échappe à l'action des créanciers en cas de faillite du stipulant. De là à dispenser le bénéficiaire de l'obligation au rapport et à la réduction en matière de succession, il n'y avait qu'un pas à faire.

· 290. SIREY, 1883, 1, 5, et la note de Labbé.

C'est pourtant plus de dix ans après avoir posé le principe que ce pas a été fait par l'arrêt de la Chambre civile du 9 juin 1896 ²⁹¹.

La jurisprudence est ainsi arrivée par étapes au résultat que la théorie de la gestion d'affaires eût dès le début imposé. L'article 1121 a permis ainsi à la jurisprudence de ne pas trop brusquer les choses ; c'est pour cela qu'elle s'est servie de ce texte. Mais cela ne prouve nullement que l'application de la théorie de la gestion d'affaires à l'assurance-vie au profit de tiers déterminés est fausse. Ce résultat en réalité prouve surtout quel lien intime existe parfois entre les deux théories différentes cependant, de la représentation et de la stipulation pour autrui, et quelle hésitation l'on éprouve à faire un choix entre les deux.

II. *Cession de dettes.*

157. — Les exemples de cession de dettes sont nombreux ; certains sont devenus classiques. Un preneur cède son bail comme le lui permet l'article 1717 du Code civil ; il veut céder à la fois

291. Cass. 29 juin 1896. — SIREY, 1896, 4, 361. — Voir aussi un article de la *Revue critique*, 1897, p. 337 (Examen doctrinal) de M. Charmont. L'auteur expose toutes les conséquences d'une telle innovation, et démontre que la solution adoptée par la Cour ne s'imposait pas ; car il était possible de concilier l'admission du rapport en cas de succession avec son exclusion au cas de faillite.

ses droits et ses obligations de preneur²⁹² : cession de dettes. Une compagnie d'assurances en déconfiture peut céder à la fois ses créances contre les assurés et ses obligations envers eux²⁹³ : cession de dette. Un mandataire, dans l'impossibilité d'agir pour son mandant, se substitue un mandataire²⁹⁴ (art. 1994 C. civ.) : cession de dette. Un commerçant cède son fonds et la raison sociale ; l'acheteur s'engage à reprendre toutes les affaires du cédant, droits et obligations : voilà encore une cession de dettes²⁹⁵. Cession de dettes enfin, si dans le contrat de vente d'un immeuble hypothéqué, on insère une clause d'après laquelle l'acheteur pourra verser son prix aux mains des créanciers hypothécaires²⁹⁶. Ce ne sont là que des exemples.

Malgré de nombreux travaux récents²⁹⁷, la

292. V. : GUILLOUARD, *Traité du Louage*, I, p. 337 et *Revue critique* 1882, p. 479 ; — LAMBERT, *op. cit.*, p. 241 à 272, qui présente d'une façon très saisissante la différence entre la sous-location et la cession de bail.

293. LAMBERT, *op. cit.*, § 217-220.

294. Comp. : DRUJON, *Revue critique* 1887, p. 628 et suiv. ; — GUILLOUARD, *Du mandat*, n^{os} 119-130 ; — Cass., 22 mars 1875 (S. 75, I, 3 2).

295. Cet exemple est emprunté par M. Saleilles à la pratique allemande : il ne semble pas que, chez nous, la question se soit encore posée dans ces termes. — (*Op. cit.*, *infra*, note 317, p. 4.)

296. LAMBERT, *op. cit.*, § 216-216

297. Citons notamment SALEILLES, *Annales de droit commercial* 1890, doctrine, p. 1 à 47 et *Théorie générale de l'oblig. d'après le projet, C. civ. allem.*, p. 92 à 104. — On trouvera là l'indication des auteurs allemands qui ont traité la question. Tout récemment une étude très complète de la question a été faite par COVIELLO, *Della successione nei debiti a titolo particolare* — *Archivio giuridico*, T. LVI, 1895, T. LVII, 1896, p. 89 à 200, 334 à 387.

question de la cession de dettes est loin d'être mise au point. On tombe bien d'accord sur le but à atteindre ; on se divise lorsqu'il s'agit de déterminer le moyen d'y parvenir ²⁹⁸. Le but, ce peut être pour le débiteur de rester dans les liens de l'obligation et de donner à son créancier un second débiteur qui le libérera ; ce peut être aussi de se substituer complètement un débiteur. Mais alors est-ce une nouvelle dette qui naît, soit à la place, soit à côté de l'ancienne ; ou bien, de même qu'il y a une succession à titre particulier à la créance, existe-t-il une succession à titre particulier à la dette ? Certes, cette succession à titre particulier à la dette ne peut avoir lieu sans le consentement du créancier ; mais, dans le cas où le créancier accepte le débiteur cessionnaire, l'accepte-t-il comme débiteur d'une dette nouvelle ou comme successeur à la dette ²⁹⁹ ?

298. Pour désigner la succession à titre particulier à la dette, on emploie des expressions bien différentes : les Allemands se placent au point de vue du débiteur qui se charge de payer la dette, et ils qualifient l'opération, endossement de la dette. (*Schulduebernahme*) ; en Italie, on préfère le mot *accollo* ; chez nous, l'expression *Cession de dettes* est admise.

299. L'intérêt pratique est grand dans l'hypothèse de vente d'un fonds de commerce actif et passif : si l'acheteur ne succède pas aux dettes, il lui faudra, pour exécuter l'engagement qu'il a pris vis-à-vis de son vendeur, obtenir individuellement de chaque créancier novation de sa créance, ce qui entraîne de grandes difficultés de preuve, tandis que, s'il succède aux dettes, il n'aura qu'à avertir ses créanciers par une circulaire collective, et l'on se contentera d'une acceptation pré-

158. — Cette succession à titre particulier est-elle possible dans notre droit français ? ^{299 bis.}
La cession de dettes peut-elle se réaliser par un contrat passé entre le débiteur cédant et le débiteur cessionnaire, sans que la participation du créancier soit nécessaire à la formation de ce contrat, son consentement étant seulement nécessaire pour que la cession lui soit opposable ?

M. Saleilles ³⁰⁰ a répondu affirmativement en s'appuyant sur le principe de la liberté des conventions. Son système peut se caractériser d'un mot : il consiste à transporter dans notre droit la notion allemande de l'obligation. Il faut rejeter l'idée traditionnelle de l'obligation, et rapprocher la conception de l'obligation de la conception du droit de propriété : l'obligation n'est pas constituée à la fois par son objet et par la personnalité de celui qui doit la fournir ; elle est une prestation, un fait à accomplir ; son essence juridique est constituée uniquement par

sumée de ceux-ci, résultant notamment de la continuation des relations commerciales. — Comp, SALEILLES, *Annales de droit commercial*, p. 5, les notes et les renvois.

^{299 bis.} Le nouveau Code civil allemand admet formellement la cession de dettes. Elle peut se réaliser par deux modes différents : soit par une convention entre le créancier et le nouveau débiteur, soit par une convention entre les deux débiteurs, l'ancien et le nouveau, jointe au consentement du créancier. (Art. 414-419, trad. de la Grasserie, p. 89-91.)

^{300.} *Annales*, p. 38 et suiv.

sa valeur économique. Les effets produits par la personne du débiteur constituent une qualité juridique qui lui appartient, qualité essentiellement mobile, dont il est libre de disposer à sa guise. La personne du débiteur n'est donc plus de l'essence de l'obligation ; elle peut changer sans que le droit se trouve modifié, comme peut changer un créancier sans que soit modifiée la créance.

159. — Cette théorie est d'une logique rigoureuse ; il suffit de lire le remarquable travail de M. Saleilles pour s'en convaincre : puisqu'on est maître de sa qualité de créancier, pourquoi n'est-on pas aussi maître de sa qualité de débiteur ?

Cependant, nous rejetons complètement la possibilité d'appliquer une telle théorie dans notre droit français ; pourquoi donc, puisqu'elle est si logique ? Parce qu'il n'appartient à personne, pas même au législateur, de forger de toutes pièces une notion de l'obligation. L'idée d'obligation se dégage des traditions et des tendances nationales d'un peuple ; elle n'est pas le fruit de raisonnements abstraits. Nous l'avons déjà dit, ce n'est pas le législateur qui peut créer le droit des obligations : le droit des obligations s'impose au législateur ; car tout repose ici sur une analyse psychologique de la volonté des parties. En matière d'obligations, il

faut voir ce qui est, non ce qui devrait être. La notion allemande de l'obligation est peut être plus logique que la nôtre; mais elle est pas nôtre, et cela suffit pour ne pouvoir pas l'accepter.

Au demeurant, nous admettons qu'il est possible, dans l'état actuel du droit français, qu'un débiteur puisse se substituer un autre débiteur; mais pour cela il n'y a pas besoin de se servir d'armes étrangères, qui, trempées pour d'autres, ne peuvent nous servir; la notion française de l'obligation nous suffit. Pour nous, il est possible d'arriver au résultat de la substitution du débiteur cessionnaire au débiteur cédant vis-à-vis du créancier par l'idée de représentation. Nous allons par là même soulever encore un conflit entre les deux théories de la représentation et de la stipulation pour autrui, et montrer combien on peut hésiter, en cette matière, avant de se prononcer pour l'une ou pour l'autre.

160. — Il n'y a rien d'étonnant à ce que l'on ait tenté d'expliquer juridiquement l'acquisition par le créancier d'un droit direct contre le débiteur cessionnaire par la stipulation pour autrui, la stipulation pour autrui ayant précisément pour effet de faire naître immédiatement un droit personnel au profit du bénéficiaire; aussi a-t-on pu dire que « la cession de dettes était l'application la plus naturelle de la stipulation pour autrui ³⁰¹. »

301. LAMBERT, *op. cit.*, p. 221-272. — La même théorie a été sou-

Or, il y a cependant à cette conception une objection capitale : il ne peut y avoir de contrat en faveur de tiers que si le contrat est fait dans l'intérêt du tiers, ici le créancier. Or, la cession de dettes est au contraire faite surtout, et même parfois uniquement, dans l'intérêt du débiteur. Pourquoi un mandataire se substitue-t-il un autre mandataire ? Est-ce dans l'intérêt du mandant ? Non ; c'est dans son intérêt propre, pour ne pas être exposé à être actionné par le mandant pour inexécution du mandat. En y regardant de bien près, il en est de même de toutes les cessions de dettes : cession de portefeuille d'assurances, cession de fonds de commerce, c'est toujours bien l'intérêt du débiteur qui est en jeu. Si une compagnie cède son portefeuille, c'est pour éviter une ruine complète. Il n'est nullement dans l'intention des parties de conférer un avantage au créancier : ce que veut le débiteur cédant, c'est faire peser tout le poids de la dette sur un autre.

En fait, d'ailleurs, le créancier peut n'avoir aucun avantage au changement ; il n'aurait avantage que si le premier débiteur restait tenu à côté du second ; mais, si le débiteur veut se substituer complètement un autre débiteur et

tenue en Allemagne par DANZ. *Die Forderungüberw.*, etc., § 65, p. 142 et suiv. — BEKKER, *System der Pand.*, § 33. — Voir aussi TARTUFARI, *Contratti a favore di terzi*, § III et suiv.

faire acquitter la dette par ce dernier, la situation du créancier ne change pas; il n'acquiert pas un droit nouveau, il a toujours le même droit de créance, toujours un seul débiteur; seulement, au lieu de s'appeler Pierre, il s'appelle Paul ³⁰².

161. — Il ne faut donc pas vouloir appliquer ici la théorie de la stipulation pour autrui : tout au plus peut-elle permettre une « cession imparfaite » ³⁰³, c'est-à-dire une cession qui a seulement pour résultat de donner un second débiteur au créancier. La même critique peut s'adresser à la théorie qui voit dans la cession de dettes la constitution d'une obligation corréale. Il est assez curieux de montrer par quel raisonnement on est arrivé à faire en cette matière application de la corréalité.

De même, a-t-on dit ³⁰⁴, qu'il y a la représentation active et la représentation passive, la corréalité active et la corréalité passive, un transfert de créances et de dettes par succession universelle, de même on doit, pour la cession, rechercher une figure juridique qui permette de faire passer le patrimoine passif d'une personne à une autre, de façon que celle-ci se comporte

302. Cf. COVIELLO, *loc. cit.*, t. 57, p. 353-356. — Adde les motifs indiqués par M. SALEILLES, *loc. cit.*, p. 13 et note 3.

303. SALEILLES, *loc. cit.*, p. 11 et 14, n° 15, les notes 1 et 2 et les renvois.

304. KUNTZE. *Die Oblig. und Sing.*, cité par COVIELLO, *loc. cit.*, t. 57, p. 344.

vis-à-vis de la dette comme le cessionnaire vis-à-vis de la créance, par suite, on peut appeler cette figure « cession passive ». Cette cession conduit à la constitution d'une « obligation corréale dérivative » dans la personne du débiteur cessionnaire, de sorte qu'il a les mêmes droits et peut invoquer les mêmes exceptions que le sujet primitif de l'obligation. L'obligation du cessionnaire est une obligation ramifiée (*Zweigobligation*) à côté de l'obligation souche (*Stammobligation*) du débiteur cédant. Il s'ensuit que le débiteur cédant reste débiteur comme auparavant ; il ne peut, en effet, soustraire au créancier les droits que ce dernier a contre lui, et le cessionnaire reste, en vertu de la cession, débiteur du créancier, de sorte que celui-ci a deux débiteurs pour la même valeur patrimoniale. La notification du contrat n'est d'ailleurs pas essentielle, et n'apporte aucun changement dans les rapports des contractants.

Cette application nouvelle de la corréalité est purement fantaisiste ; comme on l'a très bien remarqué, elle se réfute d'elle-même, les principes sur lesquels elle se fonde étant absolument étrangers au droit moderne ³⁰⁵.

162. — L'idée de représentation va nous permettre, au contraire, d'arriver à un résultat plus

305. COVIELLO, *loc. cit.*, t. 37, p. 345.

satisfaisant ³⁰³. Un seul auteur, à notre connaissance, a tenté d'expliquer juridiquement la cession de dettes par l'idée de représentation. Voici comment.

Le débiteur, en cédant sa dette, est un véritable représentant ; il contracte avec le débiteur cessionnaire comme gérant d'affaires du créancier. Quand, dit Gürgens ³⁰⁷, on contracte avec un tiers en qualité de représentant, et que le représenté adhère au contrat, l'adhésion suffit à le faire considérer comme contractant et à lui faire acquérir les droits comme s'il avait lui-même contracté. Or, le débiteur peut être considéré comme le représentant du créancier lorsqu'il cède la dette, de sorte qu'ensuite le créancier donnant son consentement à ce contrat, on peut dire qu'il a été représenté par son débiteur, et a contracté avec le cessionnaire. Du reste, il est certainement dans l'intention du débiteur de faire acte de représentant, c'est-à-dire de faire naître directement les effets du contrat dans le patrimoine du représenté, c'est-à-dire du créan-

306. Nous n'avons pas à examiner ici les autres théories qui ont été proposées sur cette question, notre but étant seulement de montrer le conflit entre la stipulation pour autrui et la représentation. On en trouvera un exposé très complet dans COVIELLO, *loc. cit.*, t. 57.

307. GURGENS, *Die singularsuccession in die schuld* dans les *Jahrbücher de IHERING*, t. 8, § 4, p. 273.

cier. La cession de dettes s'analyse donc finalement en une gestion d'affaires au profit du créancier.

L'objection que nous avons faite à ceux qui veulent appliquer ici la stipulation pour autrui peut nous servir encore pour repousser le système de la gestion d'affaires.

Le débiteur cédant ne peut, en effet, être considéré comme le gérant d'affaires du créancier que s'il agit dans l'intérêt de ce créancier ; or, ici, il n'est pas vrai de dire que le débiteur a en vue l'intérêt du créancier, il ne voit que son intérêt exclusif, sa libération ; c'est son avantage propre qu'il poursuit, non celui du créancier. Le *negotium* n'est pas *alienum*, il est personnel au débiteur ; il ne peut donc, à aucun titre, être considéré comme un représentant.

163. — Ce n'est pas à dire pour cela que l'idée de représentation ne permette pas d'atteindre le but poursuivi par le débiteur ; elle permet, au contraire, la substitution d'un débiteur à un autre débiteur, sans que pour cela il soit nécessaire d'abandonner la notion française et traditionnelle de l'obligation pour la notion allemande de l'obligation.

Le débiteur cessionnaire n'est pas un débiteur nouveau que le premier débiteur donne à son créancier : ce n'est pas un débiteur corréal ; il est tout simplement, vis-à-vis du créancier, le

représentant de son premier débiteur, son mandataire³⁰⁸.

Et, de fait, on retrouve ici toutes les conditions de la représentation. Que fait en réalité le second débiteur ? Il se substitue au sujet primitif de l'obligation : lorsqu'il paye le créancier, il effectue ce paiement dans l'intérêt du débiteur cédant, et l'effet de cet acte se produit immédiatement dans le patrimoine du représenté, c'est-à-dire ici du débiteur cédant, puisqu'il a pour effet de le libérer vis-à-vis de son créancier.

Voici un mandataire qui, ne croyant pas pouvoir exécuter son mandat, se substitue un autre individu : quelle est son intention ? Évidemment se libérer vis-à-vis de son mandant. Quelle est l'intention du mandataire substitué ? C'est de prendre la place du mandataire primitif, d'acquitter vis-à-vis du mandant son obligation, d'agir dans son intérêt, en un mot de le représenter.

Veut-on un autre exemple plus pratique que la substitution de mandat ? Supposons un preneur qui cède son bail : quand le preneur cessionnaire paye les loyers ou fermages au

308. ZAUN, *Zur Lehre von s. g. fingirte Cession* (cité par COVIELLO, t. 57, p. 346), sans faire intervenir l'idée de représentation, dit que, dans la cession de dettes, il faut voir un contrat par lequel une personne s'engage envers un débiteur à payer ses dettes.

propriétaire, que fait-il ? On ne peut assurément dire qu'il acquitte ses obligations vis-à-vis du bailleur ; il ne s'est pas engagé envers lui, et le contrat de louage passé entre le premier preneur et le propriétaire est pour lui *res inter alios acta*. Le premier preneur seul s'est obligé, non le cessionnaire. Ce dernier ne peut être obligé que si, comme les Allemands, on considère l'obligation indépendamment de ses sujets actifs ou passifs ; le débiteur peut alors céder à un autre sa qualité d'obligé.

Mais, pour nous, qui nous refusons à mobiliser la qualité de débiteur, qui restons fidèles à la théorie française moderne et traditionnelle sur le caractère personnel de l'obligation, ce transport n'est plus possible. La personne du débiteur est toujours, dans l'intention des parties, intimement liée à la prestation même : changer le débiteur, c'est changer toute l'obligation.

La qualité de débiteur n'appartient pas au débiteur ; ce n'est pas lui qui est maître d'en disposer, mais le créancier : son débiteur, c'est sa chose, nul ne peut le lui enlever sans son consentement.

Mais, à côté de cela, il est évident que rien n'empêche à un débiteur d'acquitter son obligation en usant des moyens que la loi met à sa disposition. La représentation, qui élargit le principe de personnalité du contrat est précisément

un de ces moyens. Le but du débiteur cédant, c'est de se libérer, il ne peut cependant pas se détacher par sa volonté du lien qui le rattache à son créancier ; alors il donne mandat à un autre d'acquitter sa dette à sa place, c'est-à-dire d'être son représentant vis-à-vis du créancier.

Qu'on n'objecte pas qu'il ne peut être ici question de représentation, puisque le créancier a le droit d'agir contre le représentant. Notre réponse est toujours la même : c'est l'intention du représentant qui est le facteur essentiel du rapport de représentation ; elle en est aussi la mesure. En matière d'assurance-vie, nous nous sommes rallié au système de la gestion d'affaires, et nous avons conclu qu'il y avait représentation, bien que le souscripteur puisse être actionné pour le paiement des primes ; de même ici, nous n'hésitons pas à conclure à la représentation, quoique le débiteur cessionnaire soit obligé au paiement de la dette. En effet, c'est toujours en réalité dans le patrimoine du représenté, c'est-à-dire du débiteur cédant que l'effet de la représentation se fait immédiatement et directement sentir, puisque le paiement fait par son mandataire le libère vis-à-vis du créancier.

Finalement, nous ne disons pas, avec les uns, qu'il y a deux débiteurs au lieu d'un, ou bien, avec les autres, que le débiteur a cédé sa qualité. Pour nous, il n'y a toujours qu'une seule dette,

la même dette, un seul et même créancier, un seul et même débiteur ; mais ce débiteur use de la représentation pour se libérer. Et, une fois de plus, la théorie de la représentation l'emporte sur celle de la stipulation pour autrui.

Le conflit entre ces deux conceptions va encore apparaître plus aigu dans ce que l'on appelle les contrats d'utilité publique.

III. — *Contrats d'utilité publique*

164. — Les conflits entre la théorie de la stipulation pour autrui et celle de la représentation ne se cantonnent pas dans le domaine du droit privé ; dans certaines matières du droit public ou, plus exactement, sur les confins du droit public et du droit privé, les mêmes hésitations se sont produites. La question s'est posée dans trois hypothèses distinctes que nous allons examiner brièvement.

165. — *Première hypothèse.* — Une personne publique, État, département ou commune, fait, dans les conventions qu'elle passe avec des particuliers, des stipulations au profit de tous les individus qui composent la personne morale. C'est à ces conventions que l'on donne plus spécialement le nom de contrats d'utilité pu-

blique ³⁰⁹. Les exemples les plus fréquents se rencontrent dans les concessions faites par le maire d'une commune au profit de particuliers : concessions d'éclairage, concessions de voitures publiques, concessions de distribution d'eaux.

166. — Dans ce cas, la commune agit-elle comme représentant de ses administrés ou fait-elle une stipulation pour autrui ? Peut-on dire que le maire, agissant pour la commune, est le gérant d'affaires ou le mandataire des habitants de cette commune. La théorie de la gestion d'affaires défendue par M. Labbé ³¹⁰ n'a pas été admise par la jurisprudence, et, là encore, c'est la stipulation pour autrui qui l'a emporté, malgré les protestations énergiques de M. Sainctelette ³¹¹, qui voulait écarter complètement, en matière de contrats d'utilité publique, les règles du droit privé. A vrai dire, l'idée de mandat tacite est assez difficile à scutenir ici. « En admettant, dit M. Saleilles, que la commune eût mandat tacite pour traiter en leur nom, elle n'a pas mandat pour agir et l'action appartiendrait uniquement aux abonnés, non à la commune. »

309. Les contrats d'utilité publique ont donné lieu à des études très intéressantes : LAMBERT, *op. cit.*, p. 322 à 358 ; — SAINCTELETTE. *Les contrats d'utilité publique*, dans la Revue de droit international, 1888, p. 423 et suiv., et aussi SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, p. 246, note 1.

310. Note dans SIREY, 1889, 4, 9.

311. On trouvera une réfutation très serrée de cette théorie dans la thèse de M. LAMBERT, § 320 et suiv.

Une autre raison nous fait encore repousser ici l'idée de représentation. Le maire, en effet, lorsqu'il agit dans les limites de ses pouvoirs n'est pas un représentant, dans le sens précis et juridique dans lequel nous entendons ce mot ³¹². Comme tout administrateur d'une personne morale, il est l'organe de cette personne morale. Lorsqu'il agit dans la sphère de sa capacité administrative, c'est en réalité la commune qui s'engage, qui contracte avec les particuliers. Ce n'est pas le maire qui fait une stipulation pour autrui, c'est-à-dire pour les particuliers qui composent la commune ; c'est la commune qui est le véritable stipulant. Et elle stipule bien pour autrui, car elle a en vue les intérêts des particuliers qui la composent, dont elle est la résultante, mais qui sont néanmoins des intérêts distincts de ses intérêts patrimoniaux.

Il y a donc bien une stipulation pour autrui faite par la commune ; il en résulte qu'elle aura une action directe contre le concessionnaire avec lequel elle a traité pour l'exécution de ses obligations ³¹³.

167. — *Deuxième hypothèse.* — Si l'on peut discuter l'application de la stipulation pour autrui dans le cas où une personne morale a

312. V. *supra*, II^e partie, ch. I, sect. 1, § 2.

313. SALEILLES, *op. cit.*, p. 261 et la note.

contracté au profit des particuliers qui la composent, il semble, au contraire, que l'article 1121 est seul applicable lorsqu'il s'agit de conventions conclues par l'État, les grandes compagnies, les communes au profit de particuliers. Nous visons spécialement les clauses insérées au profit des ouvriers et des fournisseurs dans les cahiers de charges d'adjudication, clauses ayant pour but de donner aux ouvriers contre les adjudicataires une action directe, pour le cas où ceux-ci auraient cédé l'entreprise à des sous-traitants ³¹⁴.

L'avantage de cette action directe pour les ouvriers et fournisseurs est évident : ils ont deux débiteurs au lieu d'un. Si le sous-traitant tombe en faillite, ils pourront se faire payer sur les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, sans subir le concours des autres créanciers. De très bonne heure, la jurisprudence a vu là des stipulations pour autrui, et a fait application de l'article 1121 ³¹⁵.

Tout dépend bien entendu, d'ailleurs, de l'intention des parties, et nous croyons que rien n'empêcherait d'appliquer ici les règles de la représentation, si l'intention de la commune ou,

314. LAMBERT, *op. cit.*, § 303 et suiv.

315. Poitiers, 20 juin 1839. (D. 90, 2, 159.) — Cass., 13 juillet 1886, (D. 86, 1, 307.) Toutefois, dans les cas où la volonté de la personne morale de conférer un droit direct aux ouvriers n'est pas certaine, on n'a pas appliqué l'art. 1121. — Cass., 28 janvier 1881. S. 80, 1, 416. — Paris, 14 novembre 1881 (S. 83, 2, 133).

d'une façon générale, de la personne morale avait été de se comporter comme gérant d'affaires.

168. — *Troisième hypothèse.* — On rentre, au contraire, dans le domaine propre de la représentation, dans le cas où un administrateur a fait pour le compte d'un service public une opération irrégulière. C'est, par exemple, un maire qui ordonne des travaux pour le compte de la commune et paye les travaux de ses deniers : peut-il rentrer dans ses déboursés en soutenant qu'il a agi comme gérant d'affaires de la commune, et en intentant contre elle l'action de gestion d'affaires ³¹⁶ ?

La jurisprudence antérieure à 1893 ³¹⁷ a donné plusieurs fois au maire l'action de gestion d'affaires; mais un arrêt du 13 juin 1893 semble revenir sur cette jurisprudence et refuser l'action de gestion d'affaires ³¹⁸.

316. La même question se pose dans le cas où un maire aura payé, non de ses deniers personnels, mais sur ce qu'on appelle une caisse noire, de même aussi que dans l'hypothèse où la commune, ayant été obligée de payer directement les travaux, agit contre le maire par voie d'action récursoire pour rendre le maire responsable de l'excès des dépenses. — Le maire aura-t-il dans tous ces cas l'action de gestion d'affaires? — Voir sur cette question : l'article de M. Michoud, *De la gestion d'affaires appliquée aux services publics. Revue d'Adm.* 1894, p. 5 et p. 146 et une note du même auteur dans *Pand. fr.*, Caen, 19 novembre 1889-1891, 4, 1 ; — MARQUÈS DE BRAGA, *Traité de la comptabilité de fait*, nos 14 et suiv.; — HAURIOU, *Précis de dr. administratif*, 3^e édit., p. 828.

317. V. les arrêts cités par M. MICHOD, *loc. cit.*

318. D. 93, 1, 386.

Dans la doctrine, la question est très discutée ; les uns se refusent complètement à donner au maire l'action de gestion d'affaires ; et le maire n'a plus alors d'autres ressources, pour rentrer dans ses déboursés, que de s'efforcer d'obtenir l'autorisation de l'autorité budgétaire ³¹⁹. D'autres proposent de donner au maire l'action *de in rem verso*, mais non l'action de gestion d'affaires ³²⁰.

169. — Il nous semble qu'il faut aller plus loin, et considérer le maire comme un gérant d'affaires toutes les fois que telle a été son intention, et que les dépenses qu'il a faites ont été utiles à la commune. M. Michoud a raison de dire que l'action de gestion d'affaires n'est pas, comme l'action *de in rem verso*, fondée sur cette règle d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui : elle est fondée sur ce que le maître a profité de la gestion. Mais nous ne voyons pas pourquoi, toutes les fois que la dépense aura été utile à la commune, ne pas considérer le maire comme son représentant. Certes, nous ne nions pas que la situation du maire et, en général, de tout agent administratif ne soit plus complexe que celle d'un mandataire ordinaire ou d'un gérant d'affaires ; mais

319. DUCROCQ, *Cours de dr. administratif*, nos 1335 et 1325 ; — MARQUÈS DI BRAGA et CAMILLE LYON, nos 14 et 28.

320. MICHOD, *loc. cit.*, p. 146.

il n'en est pas moins vrai que, lorsqu'un maire passe un contrat au nom de la commune et dans son intérêt, les obligations doivent naître directement pour la commune, sans qu'il soit obligé lui-même, ce qui est bien la situation faite au représentant.

170.— Après l'examen que nous venons de faire des différents contrats, assurance-vie, cession de dette, contrats d'utilité publique, dans lesquels la théorie de la représentation est entrée en conflit avec celle de la stipulation pour autrui, une observation générale s'impose : dans la jurisprudence et souvent dans la doctrine, la stipulation pour autrui triomphe. Pourquoi ? Cela tient tout simplement à une analyse imparfaite du contrat par représentant, à une notion fausse et étroite de la représentation. La jurisprudence en matière d'assurance-vie s'est servie de l'article 1121, parce qu'il répondait mieux à son désir d'introduire lentement, peu à peu, des notions nouvelles dans le domaine du droit.

Il est vrai que les auteurs qui ont écrit sur la stipulation pour autrui ont eux aussi, étendu sa sphère d'application à toutes les hypothèses que nous avons indiquées. Mais il n'y a pas à s'en étonner. Lorsqu'on se cantonne dans l'étude

spéciale d'une institution juridique, on ne peut résister à la tendance d'étendre cette institution au delà de ses limites normales. C'est là un défaut auquel nul n'échappe : celui qui étudie la stipulation étend outre mesure son domaine, de même assurément que, dans une étude de la représentation, on est porté à lui donner des applications qu'elle ne comporte pas. C'est ce qui arriverait, si l'on faisait rentrer dans le domaine de la représentation, comme beaucoup d'auteurs le proposent, la théorie de la solidarité.

SECTION IV

De l'idée de représentation imparfaite dans la théorie moderne de la solidarité.

171. — Nous avons indiqué au début même de cette étude que la doctrine française, bien que n'ayant pas dégagé la notion de la représentation parfaite, avait une théorie de la représentation imparfaite, théorie qui, d'ailleurs, se différencie complètement de la théorie allemande du même nom. Le moment est venu d'examiner cette théorie, et de montrer qu'elle ne rentre pas du tout dans le cadre de la représentation telle que nous l'avons définie.

L'idée de la représentation imparfaite a pris naissance et s'est développée dans la matière

très étudiée, et cependant toujours difficile, des obligations solidaires ³²¹. Il n'est pas besoin d'insister ici sur la notion de solidarité; c'est un lien qui existe entre plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs d'une même obligation, et qui a pour effet principal de mettre obstacle à la division de la créance. La solidarité est dite active quand le lien de la solidarité existe entre créanciers, et que chacun des créanciers de l'obligation est créancier pour le tout, et peut par conséquent recevoir et même poursuivre le débiteur pour obtenir le paiement intégral (art. 1197 C. civ.); la solidarité est dite passive quand chacun des sujets passifs de l'obligation est débiteur du tout, et peut être contraint de payer

321. La littérature moderne sur la matière des obligations solidaires est très abondante. On peut citer notamment : RODIÈRE, *De la solidarité et de l'indivisibilité*; — HAURIOU, *Etude sur l'origine de la corréalité*, Nouv. Rev. historique 1882, p. 219 et suiv.; — GÉRARDIN, *Etude sur la solidarité*, Nouv. Rev. h. 1884, p. 237, et 1885, p. 137 et 385; — MARCEL FOURNIER, dans la *Revue critique*, 1886 et 1887; — RAOUL DE LA GRASSERIE, *Des conditions et des effets de la solidarité entre débiteurs*, *Revue critique* 1894; — DEMANGEAT, *Obligations solidaires*; — LABBÉ, *Appendice aux Instit. d'Ortolan*, 12^e édit., t. III, p. 818 et suiv.; — THISSE, thèse 1895, *Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité*; — RUBBENTROP, *Zur Lehre von den Correalobligationen*, 1831; — VON HELMOLT, *Die Korrealobligationen*, 1857; — FITTING, *Die Natur der Korrealobligationen*, 1859; — SOMHABER, *Zur Lehre von der Korrealobligationen*, 1861. — SIEBENHAAR, *Korrealobligationen*, 1867; — UNGER, dans les *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1885, t. XXXII, p. 207; — V^r VALDNER, *Die correal Solidarietät*, 1885; — MITTES, *Individualisirung der Obligation*, 1886; — PFYFFER VON WYHER, *Wesen und Unterschied von Correalität und Solidarität*, 1887; — ASCOLI ALFREDO, *Sulle obbligazioni solidali*, 1890; — EISELE, *Archiv.*, 1891, p. 37-44.

le tout. (Art. 1200 C. civ.) Le but de la solidarité active est de rendre plus facile et d'assurer le recouvrement d'une créance. La solidarité passive, elle, est à proprement parler, une sûreté pour le créancier : elle rend plus solide sa créance en lui permettant de la réclamer toute à l'un quelconque de débiteurs.

172. — Dans la conception latine, la solidarité est une exception. A Rome ³²², le principe était que, lorsque plusieurs personnes étaient sujets passifs ou actifs d'une obligation, cette obligation se divisait proportionnellement à la part d'intérêt de chacun ³²³. De même, dans notre droit civil, l'article 1220 C. civ. pose nettement le principe de la division de la dette entre les débiteurs conjoints. En droit germanique, le principe est tout opposé : la solidarité est la règle, la division l'exception ; il y a une communauté présumée entre débiteurs d'une même dette ³²⁴. Ajoutons cependant que le nouveau code civil pour l'empire d'Allemagne abandonne la tra-

³²². Comp. GIRARD, *op. cit.*, p. 717 et suiv. ; — ACCARIAS, II, p. 137 et suiv.

³²³. Il en était de même en droit grec. En principe, l'engagement des débiteurs était conjoint (κατὰ μέρος ὀφείλειν) ; l'engagement solidaire (κοινῇ ὀφείλειν) était cependant très fréquent. La théorie des obligations solidaires en droit attique présente d'ailleurs avec celle du droit romain quelques différences. — V. LUDOVIC BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, t. IV, p. 487-493.

³²⁴. — SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, p. 105 ; — GÉRARDIN, *loc. cit.*, 1884, p. 282-283.

dition germanique, et, comme le droit romain et le droit français, admet la divisibilité en principe et la solidarité comme exception ³²⁵.

Cette dérogation à la règle de la divisibilité des dettes ou des créances n'a d'ailleurs pas besoin d'être justifiée. N'est-il pas en effet de l'intérêt des créanciers que la solidarité passive, la *solidité*, pour employer le langage singulièrement énergique et expressif de Pothier, puisse être stipulée ? En rendant plus solide le droit du créancier, elle le met à l'abri de l'insolvabilité d'un de ses débiteurs ; la solvabilité d'un seul lui suffit. De plus, elle épargne au créancier des poursuites multiples ; elle lui donne en un mot une sûreté, sûreté parfois plus forte que le cautionnement du moment où les cautions peuvent invoquer le bénéfice de discussion et le bénéfice de division. Cette supériorité de la solidarité explique pourquoi les cautions solidaires sont préférées aux cautions simples, à peu près inconnues dans la pratique. Et c'est aussi cette supériorité de la solidarité qui a permis le développement progressif des sûretés personnelles dans notre droit. Bien plus, la solidarité n'est pas seulement aujourd'hui le type de sûreté le plus usité en matière commer-

325. V. art. 420 et suiv. Trad. de LA GRASSERIE, p. 91 et suiv. — Aussi a-t-on reproché au nouveau code d'abandonner l'ancienne tradition germanique. — GIERKE cité par SALEILLES, *op. cit.*, p. 103, note 2.

ciala ; elle est encore proposée, par une école d'économites dont les rangs ³²⁶ deviennent chaque jour plus nombreux, comme base du crédit populaire et agricole. Ce développement actuel de la solidarité coïncide, au fond, avec la fusion de la solidarité et du cautionnement, et il n'est pas sans intérêt de remarquer — c'est là un point que de récents travaux ³²⁷ ont mis nettement en lumière — que la pratique moderne du cautionnement solidaire, c'est-à-dire d'un cautionnement dans lequel le créancier obtient des cautions la renonciation au bénéfice de discussion et au bénéfice de division, n'est autre chose qu'un retour au cautionnement romain primitif, à la *fidejussio* germanique et à la *plegerie* du moyen âge.

173.— La solidarité définie, il faut en étudier et en expliquer les effets. C'est ici que les auteurs font intervenir l'idée de représentation. Les créanciers et les débiteurs solidaires sont les représentants réciproques les uns des autres ; mais ils ne se représentent qu'imparfaitement, car les co-créanciers solidaires ne sont représentants les uns les autres qu'à l'effet d'intenter les poursuites ; quant aux débiteurs solidaires, ils ne

326. Comp.: THISSE, *op. cit.*, p. 270 et suiv.

327. Marcel FOURNIER, *op. cit. supra*, note 341. — THISSE, *op. cit.*
— Marcel GAMBIE, *Du cautionnement dans le très ancien droit romain et le très ancien droit français*, Thèse 1896.

sont représentants que pour améliorer la situation de leurs codébiteurs, non pour l'aggraver. Cette idée de la représentation imparfaite dans la solidarité est une idée bien française ³²³. Il suffit pour s'en convaincre de jeter un rapide coup d'œil en arrière.

174. — Il faut pour cela remonter au droit romain ; la matière des obligations nous a été en effet transmise par nos anciens auteurs, et notamment par Pothier, à peu près telle qu'elle existait à Rome. Or, il est certain que les juriconsultes romains n'ont jamais connu cette idée de représentation imparfaite. Tous les effets de la solidarité (nous ne parlons ici que de la corréalité ou solidarité proprement dite, non de l'obligation *in solidum*) dérivait de la double idée d'unité d'objet dû et de pluralité de liens ; l'obligation corréale fait naître autant de liens qu'il y a de sujets actifs ou passifs, et n'a cependant qu'un seul objet : *una res vertitur*, disent les textes ³²⁹. Unité d'obligation, telle est l'idée essentielle et capitale de la solidarité ; c'est d'elle que l'on fait découler les effets de l'obligation solidaire, effets que l'on retrouve en

328. Elle a pris naissance en effet, comme nous le verrons, dans notre ancien droit, c'est-à-dire à une époque où la théorie de Brinz, qui admet aussi l'idée de représentation, n'était pas encore formulée. La théorie de Brinz n'a pas d'ailleurs trouvé beaucoup de partisans en Allemagne. Brinz, *Pandekten*, 1879, t. II, § 253, p. 163 et suiv.

329. § 1. Inst. de duobus reis stipulandi et promittendi, 3, 16.

grande partie formulés dans le Code civil :

La prescription extinctive, interrompue à l'égard d'un des coobligés solidaires, est réputée interrompue à l'égard des autres coobligés.

Le fait de l'un des codébiteurs solidaires nuit aux autres, *alterius factum alteri nocet* ³³¹.

Le paiement fait par l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres ; il faut bien entendu assimiler au paiement tous les modes d'extinction assimilés au paiement : novation, acceptilation.

La *litis contestatio* faite avec l'un des *correi* produit effet à l'égard de tous les autres : *Petitione unius tota solvitur obligatio* ³³².

L'effet extinctif absolu de la *litis contestatio* a lieu soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*.

Comment expliquer cet effet extinctif de la *litis contestatio* ³³² ? Par l'unité d'objet dû : puisque, s'il y a plusieurs débiteurs, il n'y a cependant qu'une seule dette, le droit de poursuite s'épuise par la poursuite dirigée contre un seul des débiteurs. Certes, ce droit peut être exercé par le créancier sur tel débiteur qu'il lui plaira de choisir, mais il ne pourra être exercé qu'une

330. L. 18, D. *De duobus reis*, 45, 2, et l. 32, § 4, *de usuris*, 22, 1.
—V. GÉRARDIN, *Nouv. Revue hist.*, 1884, p. 250 et suiv., et GIRARD, *op. cit.*, p. 721, note 3 ; WINDSCHEID, *Pandekten*, § 295.

331. L. 2, Dig. *de duobus reis*, 45, 2.

332. V. les différents systèmes sur cette question indiqués dans GÉRARDIN, *Nouv. Revue hist.*, 1884, p. 255.

fois ; il n'y a donc pas besoin, comme on l'a prétendu ³³³ de recourir à l'idée de représentation pour expliquer cet effet absolu de la *litis contestatio*, et de prétendre que, pour qu'un des codébiteurs solidaires puisse invoquer cet effet, il fallait qu'il eût été représenté dans la première poursuite. Aucun texte n'autorise à soutenir que telle a été la conception romaine.

A côté de cette corréalité ou solidarité proprement dite, le droit romain admettait une obligation *in solidum*. Dans l'obligation *in solidum* le paiement fait par un seul des débiteurs libère tous les autres ; mais, à la différence de ce qui se passe dans la corréalité, la *litis contestatio* faite avec l'un des débiteurs ne libère pas les autres ; il y a donc non seulement pluralité de liens, mais pluralité d'obligations.

Il n'y a pas davantage à parler de représentation dans les obligations *in solidum*. L'idée de représentation qui peut se discuter pour la corréalité, qui est un lien résultant de la volonté des créanciers ou des débiteurs, ne se conçoit plus du tout dans le cas où, comme ici, la solidarité est forcée, et est, plus exactement, ainsi qu'il a été démontré, une responsabilité collective. Or, « cette responsabilité collective découle de la pluralité des fautes, qui engendre

333. BRINZ, *Pandekten*, T. II, § 53.

pluralité d'obligations; c'est quelque chose de naturel : étant donné la communauté des fautes, il y aurait méconnaissance du principe de justice à ne pas admettre la communauté de responsabilité » ³³⁴. Il ne peut donc être question de représentation dans les obligations solidaires en droit romain. Dans la corréalité, tous les effets découlent uniquement de l'idée d'unité d'obligation et de pluralité de liens obligatoires. La dette est une, mais elle est la résultante de liens multiples et indépendants.

Dans la solidarité simple, appelée aussi solidarité imparfaite ou responsabilité collective, l'obligation est la suite d'une faute commune; cette faute fait naître autant d'obligations qu'il y a de délinquants, obligations à la réparation intégrale du préjudice causé.

175. — C'est ainsi construite que la théorie de la solidarité passa dans notre ancien droit. On a affirmé que l'idée de la représentation imparfaite était déjà dans Dumoulin et dans Pothier ³³⁵. Rien n'est plus faux. On a affirmé aussi, d'autre part ³³⁶, que cette idée de la représentation imparfaite avait été inconnue de nos anciens auteurs, et forgée de toutes pièces par

334. GÉRARDIN, *Nouv. Rec. hist.*, 1884, p. 393.

335. BAUDRY-LACANTINIERE, *Précis de droit civil*, II, n° 972.

336. TISSIER, *Notes sous Cass.*, 16 décembre 1891. S. 93, I, 81, — et THISSE, *op. cit.*, p. 209.

les jurisconsultes du milieu de ce siècle. Ceci non plus n'est pas exact. Nous verrons, en effet, qu'au XVIII^e siècle, certains auteurs ont eu recours, pour expliquer les effets de la solidarité à l'idée de représentation, et que cette idée n'a pas non plus été complètement étrangère aux rédacteurs du Code civil. Mais, en général, tous nos anciens auteurs suivent le droit romain, et ne font nullement mention de l'idée de représentation.

On a dit cependant que telle était la conception de Dumoulin. Il suffit de se reporter à la fameuse *Extrictio labyrinthi dividui et individui* pour être convaincu qu'il n'y a dans le texte aucune expression qui puisse même faire soupçonner l'idée de mandat ³³⁷. La question que tranche Dumoulin au § 226 est bien connue : il cherche à concilier un texte de Pomponius, qui porte *alterius factum alteri quoque nocet* (l. 18, *de duobus reis*), et un texte de Marcien, qui dit, au contraire, *alterius mora alteri non nocet* ³³⁸.

Or, voici dans quels termes il fait la conciliation : « *Sint duo rei promittendi equi vel domus, et alter (non casu fortuito, quo tam ipse quam alter liberetur) sed sua culpa occidit equum, vel*

337. *Caroli Molinæi opera*, édit. Osmont Paris, 1681, t. III, p. 224, col. 1.

338. L. 32, § 4. Dig. *de usuris*.

combussit domum, nocet consorti, ut teneatur qui non fuit in culpa, nec mora in solidum, sed ad communem æstimationem tantum, et sic conservando, non autem augendo obligationem. » Et plus loin, prenant l'hypothèse dans laquelle l'un des deux vendeurs solidaires détruit la chose vendue : *Factum unius noceret alteri usque ad metas, et æstimationem obligationis principalis etiam in solidum quæ ita debet intelligi ; non autem quoad accessiones sive usurias, sive quanti plurimi, vel interesse extrinseci : in hoc, inquam, augmento culpa tenet suum authorem, nec nocet correo insonti, § penult. in l. mora sub tit. de usuris, qui ita debet intelligi.* » — Comment est-il possible, en présence d'un texte aussi clair que celui-ci, de soutenir que Dumoulin a expliqué les effets de la demeure ou de la faute d'un des codébiteurs solidaires par un mandat réciproque de représentation *ad perpetuandam non ad augendam obligationem*? La seule formule qui se dégage du § 226 est celle-ci : « *Factum correi nocet consorti ad conservandam non ad augendam obligationem.* » De ceci, l'imagination des auteurs a fait : les codébiteurs solidaires sont représentants *ad conservandam et perpetuandam obligationem, non ad augendam.*

L'idée de représentation ne figure pas davantage dans les œuvres de Pothier : « La solidarité, dit-il, repose sur une double idée : unité d'obli-

gation quant à l'objet, pluralité de liens » ³³⁹, et plus loin : « L'obligation solidaire est une à la vérité, par rapport à la chose qui en fait l'objet et la matière ³⁴⁰. »

Et c'est de cette unité d'obligation que Pothier tire toutes les conséquences de la solidarité, conséquences identiques à celles que nous avons indiquées pour le droit romain.

Du reste, la grande majorité des anciens auteurs s'en tient à cette même idée d'unité d'objet, et raisonne comme les jurisconsultes romains. Doncau, ³⁴¹ Voët ³⁴², Bartole ³⁴³, qui consacrent d'assez longs développements à l'examen du titre de *de duobus reis*, ne parlent pas de mandat. Pas d'idée de représentation non plus dans Cujas ³⁴⁴, Mynsinger ³⁴⁵, Duarenus ³⁴⁶, Brunnemann ³⁴⁷. Sichard ³⁴⁸ dit même formellement que les codébiteurs solidaires n'ont pas mandat

339. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 263.

340. V. aussi *op. cit.*, n° 273.

341. HUGONIS DONELLI, *Comment. ad lib. 4 Cod.*, p. 49.

342. JOHANNUS VOET, *Comment. ad Pandectas*, t. I, editio quarta, apud Abrahamus de Hondt, 1723, p.

343. Sur le titre des *duobus reis constituendis*, p. 162.

344. CUJAS, t. IV, L. 27, *Quæst. Pap.*, sur la loi 9, § de *duobus reis*, p. 700 et t. VIII, Lib. III, instit. ; Scholia sur *De duobus reis*, p. 1163.

345. MYNSINGERI, *Scholia in lib. Instit.*, p. 527 et 528.

346. FRANCISCI DUARENI *Francof' edit.*, MDXCII, p. 808.

347. JOHANNIS BRUNNEMANNI *Comment. in Pand.*, édit., 3 a, 1683, p. 567 et suiv.

348. SICHARD, *in Cod. de duobus reis*, édit., 1613, p. 504.

de payer. Bouteiller, dans sa *Somme rural*³⁴⁹, ne s'écarte pas non plus des principes romains de la solidarité. Enfin M. Tissier³⁵⁰, affirme que dans les répertoires de jurisprudence du siècle dernier, Denizart, Guyot, Ferrière, il n'y a non plus aucune innovation.

176. — C'est cependant à la fin du XVII^e siècle que l'idée de la représentation imparfaite apparaît pour la première fois sous la plume de Renusson. Elle est formulée par lui en termes très nets³⁵¹. « On présume, écrit Renusson, qu'étant tous obligés à la même dette et pour la même cause, ils se communiquent tout ce qui les regarde en commun ; ils sont considérés comme mandataires respectivement les uns des autres. » Et plus loin³⁵² : « Le créancier, au contraire, dit que la poursuite qu'il a faite contre un des obligés est réputée faite contre tous, que *l'un des obligés solidairement représente tous les autres.* » De même Dunod, pour expliquer la règle qui forme aujourd'hui l'art. 1206 C. civ., fait appel à l'idée de mandat³⁵³ : « Comme on peut exiger la dette

349. JEAN BOUTEILLER, *Somme rural*, édit., B. MACÉ, 1613, *Des obligations*, Liv. 1, tit. 23, p. 142 et 143 et tit. 42, *De stipulation en général*, p. 314.

350. Note dans Sirey, 93, 1, 181.

351. RENUSSON, *Traité de la subrogation*, 1635, ch. 7, p. 47, col. 2, n° 27.

352. N° 29.

353. DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions*, 1733, 4^e édit., 1815, p. 58.

d'un seul, dit-il, l'interruption peut se faire avec lui par une juste conséquence, *comme étant chargé du mandat des autres.* » Enfin Chabrol³⁵⁴ dit : « Il en est des héritiers du débiteur *comme des coobligés* même tant qu'ils n'ont pas fait le partage. Ils sont censés mandataires les uns des autres à cet égard. »

177. — Ces citations suffisent à prouver que, contrairement à ce qui a été affirmé, l'idée de représentation n'a pas seulement été pressentie³⁵⁵, mais encore a été formulée très nettement par nos anciens auteurs. Cette conception de la solidarité a d'ailleurs été certainement, nous ne disons pas partagée par leurs contemporains, mais au moins connue³⁵⁶. On trouve d'ailleurs un écho, faible il est vrai, de cette idée lors des travaux préparatoires du C. civil : « La reconnaissance de la dette, dit le tribun Favart³⁵⁷, faite par le débiteur envers l'un des créanciers solidaires, interrompt la prescription à l'égard des autres créanciers, qui se trouvent représentés par celui au profit duquel le débiteur l'a faite. » Il n'est plus dès lors possible d'affirmer que cette idée de représentation imparfaite est née chez les auteurs postérieurs

354. Sur l'article 218 de la coutume d'Auvergne, 1784.

355. CHARMONT, *Rev. critique*, 1894, p. 63.

356. C'est ainsi que l'on trouve exposée la formule de RENUSSEAU précitée dans la *coutume de Bourbonnais*. Comme de M. AURoux des Pommiers, 2^e édit., 1780, tit. III, p. 92, n^{os} 10 et suiv.

357. FENET, T. XIII, p. 333.

au C. civil. En réalité, ils l'ont seulement développée, après en avoir emprunté les éléments à Renusson ou à Dunod.

178. — Il est d'ailleurs à remarquer que les premiers auteurs qui ont écrit sur le Code civil n'en parlent pas ³⁵⁸. Elle apparaît pour la première fois chez Toullier ³⁵⁹ puis se développe avec chaque nouvel ouvrage de droit ; au point que c'est aujourd'hui de l'idée de représentation imparfaite que la plupart des auteurs font découler tous les effets de la solidarité. Toutefois, les auteurs, d'accord avec le principe, sont loin de s'entendre sur la portée qu'il faut lui donner ; les formules qu'ils en donnent sont toujours différentes, quelquefois contradictoires. « La solidarité entre débiteurs, dit Larombière ³⁶⁰, repose sur la pensée d'un mandat réciproque et mutuel..... *chaque débiteur peut rendre meilleure la position de ses consorts, mais ne peut la rendre pire.* » Autre est la formule de MM. Aubry et Rau ³⁶¹ : « Les codébiteurs se représentent les uns les autres, dans *l'intérêt du créancier*, pour tout ce qui est relatif à la conservation ou à la poursuite de ses droits, de sorte que ce qui a été fait avec ou par l'un d'eux est censé fait avec

³⁵⁸. Comp. DURANTON, T. XI, p. 167 et suiv.

³⁵⁹. TOULLIER, T. VI, p. 733 et suiv.

³⁶⁰. LAROMBIÈRE. *Obligations*, T. II, p. 581, n° 4.

³⁶¹. AUBRY ET RAU, T. IV, p. 27, § 238 *ter*.

ou par tous les autres. » — Autre la formule de Demolombe ³⁶² : « Les codébiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres à l'effet de perpétuer l'obligation, *ad perpetuandam obligationem*, mais non pas à l'effet de l'augmenter, *non ad augendam obligationem*. » C'est là du reste la formule qui est adoptée par la majorité des auteurs ³⁶³. Parfois cependant les auteurs laissent entrevoir les hésitations et la difficulté qu'ils éprouvent à se servir de l'idée de représentation : « Le mandat dont il s'agit ici n'est pas un mandat ordinaire ³⁶⁴ », dit-on, ou encore l'on dit qu'il n'y a là qu'une idée de mandat, une espèce de mandat.

179. — Si les solutions des auteurs sont différentes, différentes sont aussi celles auxquelles aboutit la jurisprudence. Les Cours d'appel et la Cour de cassation se sont refusées longtemps à admettre l'idée de représentation imparfaite. C'est en 1873 ³⁶⁵ seulement qu'elle est consacrée en termes très formels, et depuis l'idée en est couramment reproduite dans les arrêts. Comme dans la doctrine d'ailleurs, on aboutit

362. DEMOLOMBE, *Des contrats*, IV, p. 281, n° 341.

363. BAUDRY-LACANTINERIE, T. II, n° 972, p. 695; — M. LAURENT, T. XVII, n° 304, semble admettre l'idée de représentation, mais il la combat énergiquement quand il examine l'effet de la chose jugée vis-à-vis d'un des codébiteurs à l'égard des autres — LAURENT, T. XX, p. 2441.

364. DEMOLOMBE, *Du contrat*, III, p. 396.

365. SIREY, 1893, I, p. 82 en note.

à des formules contradictoires. — Tantôt le mandat existe dans *l'intérêt du créancier, ad conservandam et perpetuandam obligationem*, tantôt au contraire dans *l'intérêt des débiteurs* : il se représentent pour améliorer leur situation, non pour la rendre pire ; enfin cette idée aboutit à faire donner à chaque codébiteur solidaire la qualité de contradicteur légitime du créancier.

180. — Cette incertitude d'orientation dans la doctrine, aussi bien que dans la jurisprudence, cette difficulté que l'on éprouve à manier une idée qui au premier abord semble commode est peut-être la meilleure preuve que l'idée de représentation, n'a rien à voir dans la solidarité. Aussi, en présence du peu de cohésion des résultats obtenus, n'est-on nullement surpris de voir se former, dans la doctrine de ces dernières années, un courant contraire ³⁶⁶. On commence en réalité à s'apercevoir que cette idée de représentation, admise petit à petit par la doctrine, consacrée ensuite par la jurisprudence, inscrite même dans des textes de loi ³⁶⁷, est toute artificielle.

366. Ce mouvement semble avoir eu pour point de départ la note de M. TISSIER déjà citée (S. 93, 1, 81) ; puis la même idée a été développée par M. HUC., *Cours de droit civil*, t. VII, et M. TISSIE, *op. cit.*, p. 199 et suiv.

367. Code civil pour l'Empire du Japon, cité par M. TISSIE, p. 216.

Idée vague et incertaine, elle a donné naissance à cette théorie incertaine aussi et flottante de la solidarité imparfaite. Elle constitue une innovation dans une partie de notre droit qui était élaborée tout entière avant d'être codifiée par nos législateurs. Le droit des obligations est un droit qui s'impose au législateur, et c'est pour cela qu'il y a presque identité sur ce point entre des législations arrivées à un même degré de civilisation.

C'est pourquoi, en particulier, la théorie de la solidarité, qui nous vient en droite ligne du droit romain, veut être interprétée de la même façon. L'idée d'unité d'objet dû est la seule vraie ; celle de représentation est fausse. Le nouveau code civil allemand l'a bien compris, et il a répudié la thèse de la représentation réciproque des codébiteurs solidaires.

Les auteurs qui ont essayé de combattre cette théorie se sont attachés à démontrer que cette théorie n'était ni traditionnelle ni nécessaire pour expliquer les effets de la solidarité. En réalité, l'idée de représentation imparfaite soulève deux ordres de critiques.

D'abord, elle n'est pas traditionnelle, ce qui est une objection très forte pour une matière qui nous vient directement du droit romain par l'intermédiaire de nos anciens auteurs, et notamment de Pothier.

En second lieu, elle n'est ni nécessaire ni conforme à la notion exacte de la représentation.

Nous avons démontré le premier point en faisant l'historique de l'idée : examinons le second. — Nous n'entrerons certainement pas dans les détails des effets de la solidarité, ce serait sortir des limites de notre sujet ; nous ne les envisagerons qu'au point de vue spécial de la représentation, en raisonnant d'ailleurs uniquement dans l'hypothèse de la solidarité passive : c'est la plus pratique, et, du reste, les raisons sont les mêmes pour rejeter l'idée de représentation dans la solidarité active et dans la solidarité passive. — Les solutions données par les articles 1205, 1206 et 1207 du Code civil ont été notamment rattachées à l'idée de représentation ; c'est à cette idée qu'on a eu recours pour trancher les difficultés soulevées par ces textes : nous croyons démontrer qu'en raisonnant ainsi, l'on a fait fausse route. — Nous examinerons d'abord l'article 1206 : c'est là, en effet, que l'idée de mandat a donné surtout naissance à des contradictions et à des malentendus.

181. — L'article 1206 du Code civil décide que « les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard des autres. » C'est la contre-partie de l'article 1199

d'après lequel « tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres. » Et l'article 2249 alin. 1^{er} se rattache naturellement à ce texte. La règle qui s'en dégage est celle-ci : l'interruption civile résultant d'une interpellation dirigée par le créancier contre l'un des débiteurs solidaires ou la reconnaissance faite par l'un des débiteurs nuit aux autres.

Comment expliquer cette règle ? Par l'idée de représentation réciproque des codébiteurs solidaires, dit Dunod ³⁶⁸. Cette explication, isolée dans notre ancien droit, est au contraire donnée aujourd'hui par la grande majorité des auteurs. Mais le Code ne dit rien de la suspension de la prescription : comme l'interruption, produit-elle effet *erga omnes* ? L'idée de représentation va, dit-on, donner la clef de ce problème. Malheureusement, tout le monde ne s'en sert pas de la même façon ; d'où la plus grande incohérence dans les solutions proposées. Un examen un peu minutieux des auteurs permet d'en juger.

Partant de la même idée de mandat réciproque ; voici les résultats contradictoires auxquels on aboutit : Rodière conclut à l'effet relatif de la suspension de la prescription sous l'article 1199 ³⁶⁹, à l'effet absolu sous l'article 1206 ³⁷⁰;

368. DUNOD, *Des prescriptions*, p. 58.

369. RODIÈRE, *Solidarité*, n° 23-26.

370. *Op. cit.*, n° 98 à 102.

— Larombière, au contraire, admet l'effet absolu sous l'article 1199³⁷¹ et l'effet relatif sous l'article 1206³⁷²; — et MM. Aubry et Rau³⁷³ concluent à l'effet relatif dans les deux cas, tandis que la même idée conduit Demolombe³⁷⁴ à admettre l'effet absolu sous l'article 1199 et l'article 1206. Dans ce chaos de solutions contraires, où est la vérité ?

D'abord, il est inadmissible d'admettre l'effet relatif dans un cas et l'effet absolu dans l'autre ; les mêmes raisons existent pour faire produire le même effet à la suspension de prescription sous l'article 1199 et sous l'article 1206 : laquelle alors des deux solutions absolues est juridique ? — La suspension a-t-elle un effet absolu ou un effet relatif ? Nous n'hésitons pas à répondre que l'effet doit être relatif, et qu'il n'y a aucun argument d'analogie à tirer de la solution donnée par le Code relativement à l'interruption de prescription. Pourquoi cela ?

D'abord, il est faux de chercher à expliquer l'article 1206 et par là même l'art. 1199 par une idée de mandat, ou même par l'idée d'unité de la dette. Il faut accepter ces textes, mais il est impossible de les justifier.

371. *Obligations*, t. II, sur l'art. 1199, p. 576.

372. T. II, p. 627.

373. T. IV, § 298 *ter*.

374. *Des contrats*, t. III, n° 170 et suiv., et n° 412 et suiv.

En premier lieu l'idée de mandat n'a rien à voir ici. Le même effet absolu de l'interruption existait en droit romain³⁷⁵ ; or, nous avons vu que l'idée de mandat était étrangère aux juriscultes romains. Pothier, d'ailleurs, explique l'effet absolu de l'interruption de prescription sans avoir recours à cette idée, mais simplement parce que le droit de créance que j'ai contre plusieurs débiteurs solidaires est un seul et même droit personnel, qui réside dans ma personne. C'est pourquoi, en interpellant l'un des débiteurs, j'use de mon droit pour le total, et j'interromps la prescription, non seulement contre le débiteur que j'ai interpellé, mais contre les autres ; car, le droit que j'ai contre eux n'étant pas un droit différent, mais étant précisément le même que celui que j'ai contre celui que j'ai interpellé, en usant pour le total du droit que j'ai contre lui, j'ai usé en même temps du droit que j'ai contre eux³⁷⁶. Et les mêmes raisons existaient déjà dans tous les auteurs qui ont écrit sur le titre *de duobus reis* au Code (8,40). Renusson lui-même³⁷⁷, qui, nous l'avons dit, fait appel à l'idée de mandat pour d'autres effets de la solidarité, ne se sert pas de cette

375. Loi 5, C. 8, 40.

376. *Traité des obligations*, t. II, n° 697, édit. Bugnet, p. 384.

377. RENUSSON, *Traité de la subrogation*, ch. 7, p. 47, col. 2, n° 27

idée pour expliquer l'effet absolu de l'interruption de la prescription.

Mais il y a plus, l'effet absolu de l'interruption de prescription n'est pas, comme on le croit souvent, une conséquence forcée de l'idée d'unité de la dette. Il est bien exact, en effet, que la dette est une, *una res vertitur*, mais cette dette implique pluralité d'actions, puisque plusieurs sont obligés, ou, dans le cas de solidarité active, puisque plusieurs créanciers peuvent poursuivre distinctement chacun pour son compte ; dès lors, le sort de chacune de ces actions reste absolument indépendant de ce qui concerne les autres. De sorte qu'en définitive, l'idée d'unité de la dette conduit bien plutôt à l'effet relatif de l'interruption de prescription ³⁷⁸.

En réalité, il n'y a aucun argument à tirer de l'effet absolu de l'interruption de prescription, pour soutenir qu'il doit en être de même de la suspension de prescription ; pour nous, les articles 1199 et 1206 sont une erreur des rédacteurs du Code.

Pourquoi donc l'interruption civile, qui en règle ne produit qu'un effet relatif, effet relatif résultant de ce que, comme le dit Dunod ³⁷⁹, elle

378. SALEILLES, *op. cit.*, p. 115. n° 120, et article 425 du C. civil allemand.

379. DUNOD, *Des prescriptions*, p. 61 et 62.

n'est qu'une espèce de fiction, un acte civil qui comme tous les actes de cette espèce ne servent qu'à ceux qui les font³⁸⁰, aurait-elle un effet absolu en matière de solidarité ?

182. — Il y a là une erreur. Les rédacteurs du Code civil ont trouvé toute faite dans nos anciens auteurs, une règle que ceux-ci avaient empruntée au droit romain, et ils l'ont inscrite dans le Code, sans s'apercevoir que cette règle absolue, mettant, contrairement aux principes posés en matière de prescription, l'effet de l'interruption civile sur la même ligne que l'effet de l'interruption naturelle, n'avait plus de raison d'être chez nous, tandis qu'elle s'imposait au droit romain, par cette raison bien simple que le droit romain ne connaissait que l'interruption naturelle³⁸¹.

C'est là la véritable raison d'être de cette règle romaine, que l'interruption de prescription a effet à l'égard de tous les codébiteurs solidaires. Ce n'était pas une conséquence de l'idée d'unité d'objet dû : nous avons vu que cette conséquence ne s'imposait pas ; c'était uniquement le résultat de la non-existence de l'interruption civile à Rome.

380. BAUDRY-LACANTINIERE et TISSIER, *De la prescription*, p. 319 et suiv. AUBRY et RAU, 2, § 60.

381. C'est là cependant une question très controversée, —v. GIRARD *op. cit.*, p. 299, et WINDSCHEID, *Pand.* 1, § 1807, p. 573 et suiv.

Logique à Rome, cette règle, au contraire, ne se conçoit plus dans notre droit ; et, pour mettre cette partie des obligations solidaires en harmonie avec les règles de la prescription, il faudrait biffer l'article 1206, et décider, comme le nouveau code civil allemand, que l'interruption civile de la prescription, en matière de solidarité, a un effet purement relatif.

Quelle est la conclusion qui se dégage de ces brèves observations ?

D'abord, l'idée de représentation n'a rien à faire ici : puisqu'on est en présence d'une règle traditionnelle, traditionnelle aussi doit être l'explication de la règle.

Puis, l'article 1206 est une erreur du Code, et il n'y a aucun argument à en tirer pour soutenir que la suspension a un effet absolu. Il en résulte au contraire que, juridiquement, l'interruption devant avoir un effet relatif, il doit en être de même de la suspension de prescription : on ne tire pas d'argumens d'analogie de textes erronés.

183. — Est-il plus exact de faire reposer l'art. 1205 sur une idée de mandat ? Il résulte de cet article que la faute ou la mise en demeure de l'un des débiteurs solidaires produit son effet à l'égard des autres. Or, c'est précisément cette règle qui a été le pivot de l'idée de représentation, et c'est elle qui a donné naissance à cette

formule devenue classique, et qui, dit on, existait déjà dans Dumoulin : les codébiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres, *ad conservandam et perpetuandam, non ad augendam obligationem*³⁸².

Il est impossible ici, pour repousser l'idée de mandat, d'invoquer le droit romain. Il paraît certain en effet qu'en droit romain la demeure de l'un des débiteurs ne nuisait pas à l'autre³⁸³, et il est possible qu'il en ait été de même de la faute de l'un des débiteurs³⁸⁴. Mais ce n'est pas une raison pour faire découler la règle de l'art. 1205 de l'idée nouvelle de représentation restreinte. La notion de solidarité se suffit à elle-même.

Le lien de solidarité, en effet, qui s'est formé entre chacun des codébiteurs solidaires, rend

382. DEMOLOMBE, T. II, n° 342 et suiv.

383. L. 32, § 4, *de usuris*. — Cf. GÉRARDIN, *loc. cit. supra*.

384. Le conflit qui existe entre le texte de POMPONIUS et celui de MARCIEN, qui avait préoccupé nos anciens auteurs, notamment DUMOULIN et POTHIER, n'est pas encore tranché. Les uns (UNGER) disent que la responsabilité, en cas de faute, trouverait son fondement dans cette considération que les débiteurs solidaires sont astreints à une surveillance réciproque. D'autres supposent une controverse entre jurisconsultes, ou suppriment la négation quise trouve dans le texte de MARCIEN (FITTING, *op cit.*, p. 81 et 241); un autre prétend que ce texte est interpolé. « La solution la plus raisonnable, dit M. Girard, serait celle qui considérerait le débiteur comme responsable seulement de sa faute et de sa demeure, comme libéré lorsque la perte est survenue par la faute ou après la demeure d'un de ses codébiteurs. » (*Manuel*, p. 721, note 3). — V. aussi GÉRARDIN, *Nouv. Revue hist.*, 1884, p. 250 et suiv.

chaque débiteur garant personnel de l'exécution de l'obligation entière, en une seule fois, sans qu'il soit besoin au créancier de multiplier ses poursuites. Chaque débiteur solidaire remplissant ainsi pour son codébiteur le rôle d'une caution, il est dès lors inutile de recourir à l'idée de représentation pour expliquer ce résultat, l'art. 2014 permettant de se rendre caution sans en avoir reçu mandat, à l'insu même du débiteur³⁸⁵.

La meilleure preuve, du reste, que l'idée de représentation est complètement déplacée dans l'explication de l'article 1205, c'est que certains partisans de cette idée l'abandonnent, et n'y font pas allusion en matière de demeure ou de faute du débiteur. Et, si l'on remarque que c'est en matière de faute, là où elle se comprend le moins, que cette idée a été surtout défendue par les auteurs, on ne peut pas faire autrement que de douter de son exactitude. L'idée de représentation peut à la rigueur se soutenir en matière de poursuites dirigées contre l'un des codébiteurs solidaires ; en ce qui touche la faute, elle est complètement inadmissible³⁸⁶.

184. — En raison des doutes que font naître les deux textes contradictoires de Pomponius

385 HUC, *Comment. droit civil*, t. VII, n° 318, p. 429-430.

386. Cf. SALEILLES, *op. cit.*, p. 113.

et de Marcien, on ne peut affirmer que l'article 1205 soit une innovation. L'innovation est au contraire certaine en ce qui concerne la disposition de l'article 1207 : « La demande d'intérêt formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous. » Cette règle n'existait ni dans le droit romain ni dans notre ancien droit ³⁸⁷ ; aussi les partisans de l'idée de représentation ont-ils leurs coudées franches pour ramener à cette idée la disposition de l'article 1207.

Pour soutenir que l'article 1207 est l'application de l'idée de représentation, il faut se livrer à un raisonnement assez subtil. Le créancier dont la créance devient productive d'intérêts se trouve, dit-on, exactement dans la même situation que si, ayant été payé au jour de l'échéance, il eût placé son capital. L'action du créancier ne tend donc pas à augmenter son droit, mais à empêcher qu'il ne diminue. Ajoutez à cela que, si le codébiteur poursuivi payait de suite, sa créance contre ses codébiteurs deviendrait productive d'intérêts : que leur importe que ces intérêts courent au profit du créancier ou au profit d'un de leurs codébiteurs ? On rentre donc bien dans l'idée de représentation, puisque le

387. V. DEMOULIN, *Div. et indiv.*, III^e partie, n^o 126 ; — POTHIER, *Oblig.* II, édit. BUGNET, n^o 273, p. 127.

fait que la créance devient productive d'intérêts, n'aggrave pas la situation des débiteurs ³⁸⁸.

Cette argumentation n'est que spécieuse; on ne peut nier que la demeure de l'un des débiteurs, qui a pour effet de faire produire des intérêts à la créance, n'apporte un changement à l'obligation des autres, et un changement qui par là même aggrave leur situation. Avant les poursuites, la dette ne porte pas intérêts; la poursuite l'en rend productive, c'est bien là une aggravation. Aussi, la plupart des défenseurs de l'idée de mandat ³⁸⁹, dans l'impossibilité de concilier cette idée avec l'article 1207, soutiennent que ce texte est au contraire une dérogation au principe que les codébiteurs solidaires se représentent mutuellement. Pour nous, c'est là une preuve de plus de l'inexactitude de la théorie de la représentation imparfaite.

185. — Logiquement, ceux qui font appel à l'idée de représentation sous les articles 1205, 1206, 1207, devaient appliquer la même idée à l'effet de la chose jugée; il n'y a pas de raison de distinguer: ³⁹⁰ l'idée de représentation réciproque en matière de jugement se heurte aux

388. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, T. II, p. 696.

389. Cf. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 349, p. 293. — LAURENT, *op. cit.*, T. XVII, n° 310, p. 308.

390. LACOSTE, *De la chose jugée*, p. 479, n° 566. — DEMOLOMBE, T. 30, n° 364. — GARSONNET, T. III, § 426, p. 245.

mêmes objections théoriques qu'en matière d'interruption de prescription ou de faute³⁹¹. Or, il n'en est rien, et des auteurs qui, là, étaient partisans de l'idée de mandat restreint, la repoussent ici en termes très énergiques³⁹² et déclarent que la chose jugée contre l'un des codébiteurs solidaires n'a pas d'effet quant aux autres.

Et même ceux qui ne rejettent pas ici l'idée de mandat lui donnent une portée différente ; les uns soutenant que le jugement rendu contre ou en faveur de l'un des débiteurs peut être invoqué contre ou par les autres ;³⁹³ d'autres, c'est le plus grand nombre, en reviennent à la formule habituelle : les codébiteurs se représentent les uns les autres pour ce qui leur est avantageux, non pour ce qui peut leur nuire³⁹⁴.

C'est à ce dernier système que l'on rattache ordinairement les solutions données par la jurisprudence depuis le 15 janvier 1873, date à laquelle, sur le rapport de M. Larombière, la Cour de cassation déclara que chaque codébiteur est en justice le *contradictetur légitime du créan-*

391. Cf. SALEILLES, p. 113.

392. COLMET DE SANTERRE, t. 30, n° 528 *bis*, 24 et 25, et surtout LAURENT, t. XX, n° 120 et suiv.

393. DEMOLOMBE, t. III, n° 374. — TOULLIER, t. X, n° 202. — LAROMBIÈRE, *op. cit.*, sur l'art. 1218, n° 19.

394. AUBRY et RAU, § 769. — RODIÈRE, *op. cit.*, nos 109-370. — MARCADÉ, sur l'art. 54, n° 13.

cier et le représentant de ses consorts. A dire vrai, la jurisprudence n'a pas de système, de décisions uniformes ; les solutions qu'elle donne manquent de cohésion. En un mot, dans la pratique, l'idée de représentation imparfaite nous apparaît au moins aussi vague et aussi flottante que dans la doctrine abstraite des auteurs. Il est facile de s'en rendre compte.

On part de cette idée que les codébiteurs se représentent pour ce qui leur profite, non pour ce qui leur nuit. De là, les arrêts déduisent notamment que la chose jugée contre un des débiteurs solidaires n'est pas opposable aux autres ³⁹⁵ ; que l'appel formé en temps utile par un des débiteurs solidaires relève les autres de la déchéance qu'ils avaient encourue pour n'avoir pas fait appel dans les délais ³⁹⁶.

186. — Toutefois, la jurisprudence ne s'affirme pas nettement dans le sens que les codébiteurs solidaires se représentent pour ce qui leur profite. L'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1891 en fournit la preuve manifeste. Cet arrêt, plusieurs fois étudié ³⁹⁷, ne comporte plus que de courtes annotations. A notre avis, on n'a pas suffisamment mis en relief

397. En outre de la note de M. TISSIER déjà citée, (v. CHARMONT, *Rev. Crit.*, 1804, p. 63 ; une note de M. Cohendy dans D. 92, 1, 177 le rapport de M. le conseiller Roussellier, *Le droit*, 23 et 24 janvier 1892 ; et *Pand. fr.* 1892, 1. 211). — THISSE, *op. cit.*, p. 223-223.

l'incertitude qui s'en dégage au point de vue de l'idée de représentation imparfaite. La Cour, nous allons le voir, n'a pas pris parti entre deux systèmes opposés ; elle a pris une solution qui donnât satisfaction à tous, créanciers et débiteurs solidaires.

La question qui se posait était celle-ci : un jugement est rendu au profit de plusieurs administrateurs d'une société anonyme, poursuivis comme solidairement responsables ; un seul des défendeurs notifie le jugement ; le créancier fait appel et le fait signifier plus de deux mois après cette notification : son appel a-t-il été formé valablement contre les autres, est-il relevé de la déchéance qu'il a encourue vis-à-vis du codébiteur diligent ?

Pour être logique, la Cour de cassation devait donner à cette question l'une des deux solutions suivantes :

Si elle partait de l'idée que les codébiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres pour améliorer leur situation commune, elle devait décider que l'appel tardif contre l'un des codébiteurs solidaires était tardif contre tous ; que la signification du jugement faite par l'un des défendeurs rendait le jugement définitif à l'égard de tous les débiteurs.

Au contraire, on pouvait dire³⁹⁸ que les débi-

398. COHENY, *loc. cit.*

teurs solidaires se représentent « dans l'intérêt du créancier, et pour tout se qui est relatif à la conservation et à la poursuite de ses droits, » et décider qu'il suffisait que le créancier eût fait valablement appel contre l'un des débiteurs, pour que cet appel produise son effet contre tous les autres.

La Cour suprême a pris un moyen terme entre ces deux extrêmes ; elle a décidé que le jugement était définitif vis-à-vis de celui qui avait été signifié.

La Cour de cassation a pris un moyen terme : en effet, elle ne dit pas que les débiteurs se représentent mutuellement dans l'intérêt du créancier ; car cet intérêt est lésé, puisque son appel ne court pas contre celui qui a signifié.

D'un autre côté, elle ne dit pas non plus que ce mandat réciproque existe dans l'intérêt des débiteurs, puisque ces débiteurs ne profitent pas de la signification faite par l'un d'eux. Elle a donné satisfaction aux deux formules opposées, mais ne consacre aucune d'elles.

187. — Dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation est venue encore battre en brèche

395. Cass., 15 janvier 1873 (S. 93, 1, 82, note *a*). — Cass. 28 déc. 1881 (S. 81, 4. 665) — Alger, 2 janvier 1883 (S. 1884, 2, 17). Cass., 1^{er} décembre 1885 (S. 86, 1, 35). — *Contra*: les arrêts antérieurs à 1873 (Cass. 25 mars 1861. S. 61, 1, 433 et les renvois).

396. On trouvera tous les arrêts en ce sens indiqués dans la note de M. TISSIER, Sirey, 93, 1, 81.

ce principe posé par les partisans du mandat réciproque, que les codébiteurs se représentent pour ce qui leur profite³⁹⁹ : il s'agissait de savoir si un débiteur solidaire, définitivement condamné, peut se prévaloir d'un jugement rendu postérieurement au profit de ses codébiteurs.

Or, si les débiteurs se représentent pour ce qui leur profite, il semble bien qu'on puisse dire que celui qui a été condamné est représenté dans le second procès par ses codébiteurs, et peut se servir du second jugement au même titre que ceux-ci. La Cour cependant n'a pas admis cette prétention. C'est qu'ici « le principe de la chose jugée tient en échec l'idée de la représentation des codébiteurs solidaires les uns par les autres ». Voilà une personne qui, ayant épuisé tous les degrés de juridiction, ne peut plus intenter un second procès contre le créancier : comment veut-on qu'elle puisse y être représentée. Pour être représenté, il faut pouvoir agir soi-même, le mot l'indique ; or, le débiteur solidaire ne peut agir lui-même, il ne peut pas être représenté : c'est supposer un mandat tacite que l'effet de la chose jugée lui interdit de donner.

Ces explications suffisent pour voir quel est

399. Cass., 27 nov. 1893. S. 94, 4, 233 et la note).

dans la pratique l'effet de l'idée de représentation réciproque : elle désagrège la solidarité qui existe entre les débiteurs solidaires d'une même dette. La chose jugée produira effet contre l'un des débiteurs, non contre les autres. C'est là un résultat contraire à l'idée de solidarité. Chaque débiteur a voulu se soumettre au jugement qui interviendrait contre chacun de ces codébiteurs, et pouvoir invoquer les décisions obtenues par eux. Ce n'est pas là l'effet du mandat, mais le résultat voulu de la clause de solidarité ⁴⁰⁰.

188. — La jurisprudence a donc bien posé un principe, mais elle n'en a pas tiré toutes les conséquences, ou plutôt elle en a tiré des conséquences qui donnent un caractère vague et incertain à la théorie moderne de la solidarité. Au fond, les arrêts vont moins loin dans l'application de l'idée de représentation réciproque que les auteurs ; notamment, ils n'ont jamais consacré la théorie de la solidarité imparfaite.

Cette théorie est une conséquence directe de l'idée de représentation imparfaite. On dit qu'il y a solidarité parfaite, lorsque les créanciers ou débiteurs solidaires sont représentants les uns des autres. La solidarité est dite imparfaite dans toutes les hypothèses où il est impossible de

400. Cf. HUC. p. 441. — V. RUSSI SALEILLES, *op. cit.*, n° 118, p. 612 et note 3.

supposer que les codébiteurs solidaires se sont donné un mandat. : telle la solidarité établie par l'article 55 du Code pénal, par l'ancien article 1734 C. civ.

Comme l'idée de représentation d'où elle dérive, la théorie de la solidarité imparfaite ne peut pas être acceptée : elle n'a aucun fondement dans les textes. Du reste, tous les partisans du mandat réciproque ne l'admettent pas ⁴⁰¹, non plus que la jurisprudence.

189.— Nous arrivons ainsi à cette conclusion qu'en faisant intervenir l'idée de représentation dans la solidarité, on a fait fausse route ; de même que l'on s'est trompé en considérant comme représentants, le messenger, l'administrateur de la personne morale, d'autres encore dont la situation est cependant toute différente de celle du représentant, telle que nous l'avons définie dans la première partie de cette étude ⁴⁰².

C'est parce que nous avons dégagé la notion théorique de la représentation que nous avons pu, en procédant par voie d'élimination, faire sortir du domaine de la représentation tout ce qu'une analyse insuffisante y avait fait rentrer.

Aussi bien, malgré cette élimination, son

401. V. BAUDRY-LACANTINERIE, T. II, p. 707.

402. Non seulement la théorie de la représentation n'est pas nécessaire pour expliquer les effets de la solidarité, mais de plus elle est

domaine est-il encore très vaste : mandat légal dans ses nombreuses hypothèses, mandat conventionnel, gestion d'affaires, voilà le domaine propre de la représentation. Cependant, là encore, il n'y a pas toujours représentation; c'est pourquoi nous allons chercher à préciser, dans deux chapitres différents, d'abord les rapports de la représentation et du mandat, puis les rapports de la représentation et de la gestion d'affaires.

complètement en dehors de la notion de représentation telle que nous l'avons définie, c'est-à-dire reposant sur la commune intention de trois personnes : représentant, représenté et tiers, dont la volonté participe à créer le rapport de représentation. Or, comment admettre, par exemple en matière de chose jugée, qu'un débiteur diligent, et qui fait tout ce qui est en son pouvoir pour rendre définitif le jugement qui lui est favorable, soit représenté par un autre débiteur négligent qui omet de signifier le jugement? Comment soutenir qu'il est dans l'intention du débiteur diligent d'être représenté par ses autres codébiteurs solidaires? « Comment soutenir que ceux qui sont présents se représentent les uns les autres au point qu'un seul d'entre eux étant négligent, fasse subir aux autres les conséquences de cette incurie. Tout ici, dit M. TISSIER, proteste contre cette idée de mandat » (S. 93, I, 81).

CHAPITRE II

RAPPORTS DE LA REPRÉSENTATION ET DU MANDAT.

Problème à résoudre : la représentation est-elle ou non essentielle au mandat ? — Intérêt pratique de la question. —

I. Conception française : la représentation est essentielle au mandat. — **II.** Systèmes qui distinguent la représentation du mandat. — Théorie de Laband : la représentation et le mandat sont deux rapports distincts ayant tous les deux une base contractuelle. — **III.** Système d'après lequel la représentation a pour fondement une déclaration unilatérale de volonté. — Postulats de Tartufari. — Différence exacte entre le mandat et la représentation. — Conclusion : la représentation n'est pas essentielle au mandat. Cette solution est traditionnelle.

190. — Dès le début de cette étude, nous avons eu soin d'indiquer que nous n'allions pas nous occuper des rapports qui peuvent exister entre représentant et représenté, entre mandant et mandataire par exemple. Ces rapports ont été trop bien traités par d'autres pour qu'il y ait quelque chose à y ajouter, et en outre ce serait sortir des limites de ce travail, qui a pour but unique l'étude du rapport résultant de la représentation entre le représenté et le tiers contractant. Aussi, la seule question que nous ayons à résoudre ici à propos du mandat, est

celle de savoir si la représentation est ou n'est pas de l'essence du mandat.

191. — L'intérêt pratique du problème peut s'indiquer d'un mot : si la représentation n'est pas de l'essence du mandat, quelqu'un peut bien être mandataire sans avoir reçu pouvoir de représenter le mandant, et sans qu'effectivement il y ait représentation ; ainsi encore, le pouvoir de représenter peut avoir des limites plus étendues que le mandat, ou même le pouvoir de représenter peut continuer d'exister alors qu'est éteint le mandat d'où il dérive.

192. — On peut ramener les divers systèmes qui ont été proposés sur cette question à trois principaux :

Un premier système considère que la représentation est essentielle au mandat, et fait reposer la faculté de représenter sur une base contractuelle.

Un second système voit dans la représentation et le mandat deux rapports distincts, mais ayant tous deux une base contractuelle.

Enfin, une troisième opinion peut se résumer dans les deux propositions suivantes : d'une part, le mandat et la représentation sont deux rapports distincts ; d'autre part, la représentation a pour fondement une déclaration unilatérale de volonté.

193. — I. La plupart des auteurs français

enseignent que la représentation est essentielle au mandat. Ces auteurs ont pour eux le texte très formel de l'article 1984 du Code civil ⁴⁰³. « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. » Ces expressions indiquent nettement, semble-t-il, que la représentation est essentielle au mandat, et constitue le caractère juridique qui le distingue du louage d'ouvrage : « Le caractère propre du mandat, disent Aubry et Rau ⁴⁰⁴, consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant dans les actes juridiques, de l'obliger envers les tiers. »

Cette théorie, qui identifie les deux conceptions de la représentation et du mandat, comme si l'un ne pouvait exister sans l'autre, et les considère comme les deux manifestations d'une

403. Bien que le code civil italien ne reproduise pas la définition de l'article 1984 du Code civil français (v. art. 1737 et 1744, c. civil italien), certains auteurs considèrent cependant la représentation comme étant de l'essence du mandat.—V. CHIRONI, *Instituz di diritto civ. ital.*, II, § 349 ; — CATTANEO et BORDA, *Comment. al., Code civ.* — COGLIOLO, *op.*, T. I, nos 154, p. 235 à 236, dont les citations sont rapportées par TARTUFARI, *op. cit.*, p. 338, note 2. — Mais par contre notre art. 1984 est à peu près textuellement reproduit par l'art. 349, c. com. italien : « Le mandat commercial a pour objet la conclusion des affaires commerciales pour le compte et au nom du mandant. »

404. AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. IV, 4^e édit. § 371 bis, note I, p. 512 et § 410, p. 634.— Dans le même sens : LAURENT, T. XXVII, nos 332-334 ; BAUDRY-LACANTINIERE, *Précis*, T. III, p. 566, n° 905,

même idée, est, il faut le dire repoussée par les auteurs les plus récents. « La définition de l'article 1984, dit M. Guillouard ⁴⁰⁵, suppose que le mandataire, dans notre droit moderne, agit toujours au nom du mandant ; or, si telle est bien la forme ordinaire du mandat, ce n'est pas la seule forme qu'il puisse prendre, et les parties peuvent convenir que le mandataire agira en son nom pour le compte du mandant. » Cependant, si l'on fait très bien remarquer qu'il peut y avoir mandat, non seulement quand une personne agit au nom d'un autre, mais aussi lorsqu'elle agit en son nom propre, on ne dégage pas suffisamment la notion de représentation de celle du mandat.

Les auteurs qui ont étudié d'une façon spéciale la théorie de la représentation rejettent, au contraire, très nettement toute identification entre le mandat et la représentation. — La distinction a même pénétré si avant dans la doctrine allemande, qu'elle se traduit dans la langue juridique ⁴⁰⁶, qui a des expressions différentes pour

⁴⁰⁵. GUILLOUARD, *Du mandat*, p. 322, n° 7. — Cf. : COLMET DE SANTERRE, t. XIII; n° 201 bis, IV-VII. — TROPLONG, *op. cit.*, nos 8 et 320. — MASSÉ et VERGÉ, *sur Zachariae*, § 750, note 1. — DELAMARRE et LE POTVIN, *Du contrat de commission*, t. I, n° 26, t. II, n° 352. — V. aussi Paul PONT, *Petits Contrats*, nos 798, 825, 827.

⁴⁰⁶. L'expression généralement employée pour désigner la représentation est *Stellvertretung* (*Stellvertreten, Stellvertreter*). Les auteurs qui admettent la représentation indirecte ont une expression spéciale dans ce cas pour désigner le représentant : SCHEEL, *op. cit.*

désigner mandat et représentation, mandataire et représentant; tandis que chez nous les mots mandat et représentation sont synonymes et employés indifféremment l'un pour l'autre.

194. — II. La distinction entre le mandat et la représentation est posée très clairement par Laband de la façon suivante⁴⁰⁷ :

Il ne faut pas seulement considérer que le mandat et la représentation sont deux faces opposées d'un même rapport⁴⁰⁸, le mandat dési-

11, p. 17, emploie le mot « *Zwischenperson* »; » JHERING (*Jahrb. für die Dogmatik*. 1. p. 912 et suiv.) se sert de l'expression « *Ersatzmann* »; » SIEGEL préfère l'expression de « *stiller Stellvertreter* ». Mais en outre on oppose à ces expressions celles par lesquelles on désigne le mandat (*Auftrag*) et le pouvoir de représenter (*Vollmacht*). — Comp. d'ailleurs sur ce point ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 88 et 136. — TARTUFARI, *op. cit.*, p. 7, note 1. — D'après AMANN (cité par Schlossmann, *op. cit.*, p. 12 et suiv.), la distinction eût déjà existé en droit romain : *procurator*, dit-il, signifie exclusivement la personne qui agit conformément au mandat et en même temps au nom d'une tierce personne; — *mandatarius* désigne tout aussi exclusivement la personne qui agit bien en vertu d'une mission qui lui a été donnée, mais non pas au nom d'autrui, en sorte qu'au regard de son cocontractant, l'affaire se conclut comme si aucun mandat n'était intervenu. En d'autres termes, *procurator* désigne celui que l'on appelle un représentant, *mandatarius* celui qu'on appelle un « *Ersatzmann* ».

407. LABAND, *Die Stellvertretung nach dem D. H. G. B.*, dans la *Zeitschrift für das ges. Handelsr.*, 1863, x p. 204-210.

408. LABAND ne fait en effet que reprendre en l'accentuant le principe posé ainsi par JHERING : « Les deux conceptions (de représentation et de mandat), même dans le cas où elles coïncident, désignent deux côtés entièrement différents d'un même rapport. Mandataire et mandant désignent le rapport relatif à deux personnes, le côté interne du rapport; représentant et principal désignent au contraire leur qualité au regard du tiers, le côté externe du rapport. Un côté est sans influence sur l'autre et en est absolument distinct. » (*Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, dans *Jahrbücher für die Dogm* 1, p. 313.

gnant le côté interne du rapport, celui qui existe entre le mandataire et le mandant ; la représentation désignant, au contraire, la qualité du mandant du mandataire au regard du tiers contractant, c'est-à-dire le côté externe du rapport. On doit aller plus loin, et dire que mandat et représentation sont deux rapports essentiellement différents l'un de l'autre, lesquels peuvent coïncider en fait, mais ne coïncident pas nécessairement. Et on peut avoir un mandat sans pouvoir de représenter, et inversement un pouvoir de représenter sans mandat. Un mandat sans pouvoir de représenter, c'est notamment le cas du commissionnaire ; un pouvoir de représenter sans mandat, c'est le cas de l'associé en nom collectif, du commanditaire dans la direction d'une société par actions. Ces personnes n'ont pas en effet nécessairement un mandat général, et il se peut très bien que certains contrats leur soient interdits, sans que cela ait effet vis-à-vis des tiers ; ils seront seulement responsables envers leurs préposants.

Donc, il est inexact de considérer que le mandat autorise tout mandataire à agir en qualité de représentant, ou que tout contrat conclu par un mandataire crée un rapport de représentation entre le mandant et le tiers contractant ; en un mot, le mandat est tout à fait distinct de la faculté de représenter,

« De tout ceci, conclut Laband, il suit qu'il peut y avoir mandat sanspouvoir de représenter, ou pouvoir de représenter sans mandat, ou enfin que mandat et représentation peuvent coexister. Il y a donc une séparation nette entre ces deux conceptions : ce sont des actes juridiques totalement différents, ayant un objet et des effets différents. »

Toutefois, si cet auteur ne donne pas comme fondement à la représentation le mandat, il lui donne cependant une base contractuelle. « Le contrat qui a conféré le pouvoir de représenter, dit-il, est un contrat consensuel, différent du mandat, et en vertu duquel les contractants s'engagent réciproquement à ce que les actes juridiques que l'un d'eux, le représentant, conclura au nom d'un autre, le représenté, produisent leurs effets comme si ce dernier avait conclu lui-même le contrat. »

195. — **III.** D'autres auteurs, au contraire, et c'est le plus grand nombre, admettent bien, avec le système que nous venons d'exposer, que mandat et représentation sont deux rapports distincts ; mais ils s'en séparent pour soutenir que la représentation dérive d'une « déclaration unilatérale de volonté » qui se peut concevoir séparée et distincte du mandat. Mais les partisans de ce système ne tombent pas d'accord sur la mesure dans laquelle la déclaration de volonté du man-

dant contribue à créer les deux rapports différents de représentation et de mandat.

Les uns ⁴⁰⁹ voient dans le mandat et la représentation deux rapports entièrement distincts, la déclaration de volonté qui crée la représentation ne subissant en aucune façon l'influence du mandat ou réciproquement.

D'autres ⁴¹⁰ voient la même déclaration de volonté manifestée dans un acte unique produire un double effet : d'une part, au regard du représentant, elle crée un rapport interne de mandat par lequel le mandataire s'engage à accomplir, gratuitement ou non, tel ou tel acte ; et, d'autre part, au regard des tiers, elle crée un rapport de représentation par lequel le représenté s'oblige à prendre pour lui les actes faits par le représentant dans la limite de ses pouvoirs.

196. — Au reste, pour présenter fidèlement cette conception, on ne peut mieux faire que d'emprunter à un de ses partisans les propositions dans lesquelles il la résume ⁴¹¹.

« 1. La déclaration unilatérale de volonté du
« représenté pour créer le rapport de représen-
« tation peut d'abord être faite seulement au

409. C'est le système généralement suivi en Allemagne : HELLMANN, *op. cit.*, p. 111. — ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 88. — WINDSCHEID, *Pand.*, § 74. — KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirk.*, p. 58 et suiv.

410. MITTEIS, *op. cit.*, § 21, p. 184. — TARTUFARI, *op. cit.*, n° 295 et suiv., p. 345 et suiv.

411. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 299, p. 353.

« regard du représentant : il y en a des exemples
« dans le mandat tacite pour affaires spéciales,
« toutes les fois qu'il n'est pas connu des
« tiers, dans le mandat verbal et dans le
« mandat écrit tenu occulte et secret. Dans
« ces cas la représentation coïncide avec
« le mandat et en suit exactement le sort.

« 2. La déclaration unilatérale de volonté du
« représenté peut au contraire être faite directe-
« ment au tiers, et cela de deux façons, à per-
« sonne déterminée ou à personne indétermi-
« née. Une telle déclaration peut être expresse
« ou tacite. Dans tous ces cas, ce qui peut uni-
« quement décider les tiers, c'est la déclaration
« de volonté du représenté telle qu'elle a été
« émise envers eux, pourvu toutefois qu'ils ne
« soient pas de mauvaise foi. Par suite, cette
« déclaration peut, non seulement avoir un
« objet différent de celui du mandat, mais aussi
« conserver son efficacité après l'extinction de
« celui-ci.

« 3. Enfin, cette déclaration unilatérale de
« volonté investit, au regard du tiers, le repré-
« sentant de la faculté d'agir pour le nom et au
« compte de qui l'a émise, avant même que se
« soit formé le contrat de mandat, c'est-à-dire
« même avant que le mandataire ait assumé
« l'obligation de l'exécuter.

« 4. Mais le mandat ne doit pas être considéré

« comme absolument indépendant et n'ayant
« aucune influence juridique sur la faculté de
« représenter. »

197. — Tous les systèmes qui viennent d'être exposés ont un mérite : ils ont soulevé la question de savoir quels rapports existent exactement entre la représentation et le mandat, et ils ont affirmé que la représentation ne devait pas être confondue avec le mandat, qu'elle n'était pas de son essence. C'est déjà beaucoup de voir une question; et, si la solution n'a pas été donnée, les efforts qui ont été tentés permettent du moins à ceux qui se placent à nouveau en face du problème de ne pas s'engager dans une voie qui ne conduirait à aucun résultat. — Tout résultat acquis n'est que le fruit de longs tâtonnements, et souvent, en croyant résoudre une question, on ne fait que la poser d'une façon différente. C'est ce qui est arrivé ici : on a procédé par voie d'affirmation, on n'a rien résolu.

Les uns disent que la représentation et le mandat sont deux rapports absolument différents : l'un, la représentation étant le rapport externe entre le mandant et le tiers ; l'autre, le mandat le rapport interne entre mandataire et mandant. Or, cette distinction, en réalité, ne nous apprend rien ; car il n'est pas besoin de se livrer à de longs raisonnements pour se rendre compte que le rapport qui existe entre le mandant et le

tiers n'est pas le même que celui qui existe entre le mandant et le mandataire. — Les auteurs français, qui, de même que le Code civil, n'ont pas dégagé la notion de représentation de la notion de mandat, étudient cependant à part les droits et les obligations réciproques du mandant et du mandataire, et les droits et obligations du mandant et du mandataire envers les tiers. On ne parle pas de rapport externe ni de rapport interne; mais on marque la différence qui existe entre ces deux rapports.

Cette différence, en effet, saute aux yeux; mais elle ne prouve rien quant au point de savoir si tout mandat contient ou non pouvoir de représenter, si la représentation est essentielle au mandat.

D'autres auteurs croient tout expliquer en disant que, tandis que le mandat a une base contractuelle, la représentation a, au contraire, pour fondement une déclaration unilatérale de volonté du mandant, c'est-à-dire du représenté. Or, ici encore, on se paye de mots; et, si les différents partisans de ce système arrivent à des conclusions différentes, c'est qu'ils se placent à des points de vue différents.

Ainsi, pour le mandat, on se place au point de vue de la formation du contrat, et l'on dit : le mandat a une base contractuelle; il résulte de l'accord de deux volontés. Pour la représenta-

tion, on se place, non plus au point de vue de la formation du rapport, mais à celui de sa source, plus exactement de la volonté qui l'a provoqué, et l'on conclut : la représentation découle d'une déclaration unilatérale de volonté.

Il n'est pas besoin d'insister sur les vices d'un tel système de raisonnement : pour établir une comparaison entre deux tableaux, il faut se placer à un même point de vue ; il en est de même pour les institutions juridiques ; c'est du même côté qu'il faut se placer pour saisir les rapports et noter les différences.

Or, envisageons la source des deux rapports de mandat et de représentation : le résultat sera négatif, nous ne saisirons aucune différence. La représentation, dit-on, résulte d'une déclaration de volonté du mandant, mais le mandat n'a pas d'autre source. C'est toujours la même volonté, celle du mandant, qui provoque une personne, le mandataire, à se lier envers elle, de même qu'elle provoque l'acte de représentation, qui aura pour conséquence de faire naître un rapport direct entre son patrimoine et celui du tiers. Donc, en disant que la représentation a sa source dans la déclaration unilatérale de volonté du mandant, on ne la différencie pas du mandat, c'est au contraire un point de ressemblance qui se trouve établi entre les deux rapports.

198. — En réalité, la question de savoir si la représentation est de l'essence du mandat est double : d'abord, il faut rechercher quelle est la différence entre le mandat et la représentation, puis déterminer si le pouvoir de représenter se mesure, quant à son existence et son étendue, sur le mandat.

La différence entre la représentation et le mandat est facile à saisir : le mandat est un rapport entre deux patrimoines résultant toujours du concours de deux volontés ; la représentation, au contraire, a une tout autre physionomie : c'est un rapport entre deux patrimoines résultant, non de la volonté de deux personnes comme dans le mandat, mais de trois, celles du représentant, du représenté et du tiers contractant. C'est l'intention commune de ces trois personnes qui crée le rapport de représentation.

Dans le mandat, comme dans la représentation, un rapport existe entre deux patrimoines ; la différence est que, pour la représentation, trois volontés concourent à la formation du rapport.

199. — Mais, cette différence ne prouve pas que le pouvoir de représenter ne se mesure pas exactement sur le mandat, qu'il n'a pas la même étendue ou la même durée ; elle ne montre pas que la représentation est ou n'est pas essentielle au mandat ⁴¹².

412. La représentation est si peu de l'essence du mandat que,

Comment donc résoudre ce problème ? Il faut remarquer que, si la représentation et le mandat ont un même point de départ, la déclaration de volonté de mandant, cette déclaration s'adresse à des personnes différentes, suivant qu'il s'agit du pouvoir de représenter ou du mandat : la déclaration s'adresse au mandataire, en ce qui concerne le mandat ; quant au pouvoir de représenter, elle s'adresse au tiers contractant.

200. — Le premier point est certain ; mais il non moins évident que le pouvoir de représenter s'adresse au tiers contractant. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux développements que nous avons donnés sur les conditions de la représentation ⁴¹³. Il n'y a représentation, avons-nous vu, que si le tiers sait traiter avec un représentant et à l'intention de traiter avec un représentant, — et pour cela, il faut qu'il ait connu le pouvoir de représenter, la procuration. — Cette procuration a pour objet la création d'un rapport direct entre le mandant et un tiers, mais elle ne crée aucun rapport juridique entre mandant et mandataire. Comme le dit M. Lenel⁴¹⁴, « la qualité qu'a celui-ci pour représenter le

comme le remarque TARTUFARI, *op. cit.* . n° 295, p. 346, le mandat peut avoir pour objet de simples faits ou services purement matériels, auquel cas l'idée et les effets de la représentation ne se peuvent concevoir.

⁴¹³. V. *supra*, 1^{re} partie, ch. III, sect. 3.

⁴¹⁴. LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, p. 16.

mandant n'est pas autre chose qu'un effet reflexe de la déclaration faite par le mandant à la tierce personne, et établissant qu'il a consenti à être représenté ».

201. — Et la preuve la plus forte que le pouvoir de représenter s'adresse directement au représentant, c'est qu'il peut y avoir représentation sans que le représentant ait connu ce pouvoir. Par exemple ⁴¹⁵ : un individu qui avait l'intention d'acheter un immeuble reçoit, pendant qu'il est en voyage, une lettre d'un ami, dans laquelle celui-ci l'informe que cet immeuble va être vendu par adjudication, et s'offre à lui pour en faire l'acquisition en son nom. Au reçu de la lettre, l'absent, sans répondre à son ami, télégraphie directement le jour de la vente au notaire chargé de vendre qu'il a autorisé son ami à acheter pour lui. Or, dans ces conditions, personne ne doutera que, le jour où cet ami se rendra adjudicataire au nom de l'absent, la vente ne soit valablement faite entre le propriétaire et l'absent. Et cependant, celui qui a acheté ne savait pas de cet absent qu'il avait le pouvoir de représenter. Il y a donc eu représentation, bien que le représentant ait ignoré le pouvoir de représenter ; le pouvoir de représenter est donc distinct du mandat, et cela se traduit par des conséquences pratiques importantes.

415. Cet exemple est emprunté à M. LENEL, *op. cit.*, p. 18.

202. — *a)* Il peut y avoir, par la volonté du mandant, mandat sans représentation ; il en est ainsi toutes les fois que le mandant ordonne au mandataire de se comporter vis-à-vis des tiers comme le maître de l'affaire, et que le mandataire a l'intention, intention partagée par le tiers contractant, de faire naître uniquement les effets du contrat dans son patrimoine, sauf à les transférer ensuite à son mandant. — C'est ce qui se passe pour le commissionnaire, pour le mandataire prête-nom ; bien entendu, sauf les réserves que nous avons faites dans la première partie de cette étude quant à l'agissement par le représentant au nom du représenté.

b) Le pouvoir de représenter peut avoir des limites plus étendues que le mandat, s'appliquer à des actes qui ne sont pas compris dans le mandat. Par exemple, si des limitations au mandat ont été convenues entre mandant et mandataire sans avoir été portées à la connaissance des tiers, le pouvoir de représenter subsistera tel qu'il avait été indiqué précédemment aux tiers, dans toute son étendue. — Et les tiers pourront se prévaloir contre le mandant d'actes faits par le mandataire en dehors des limites nouvelles de son mandat, mais que ce contractant ne connaissait pas.

c) Le pouvoir de représenter peut survivre au mandat, exister bien que soit éteint le

mandat dans les rapports internes entre mandant et mandataire. — Il en est ainsi toutes les fois que le mandant a omis de remplir l'obligation à laquelle il est tenu de faire constater aux tiers l'extinction du mandat. Dans ce cas, les tiers qui, de bonne foi, auront cru que le pouvoir de représenter existait encore au moment où ils ont traité avec le représentant, pourront agir contre le représenté pour exécution du contrat qu'ils ont passé avec le représentant⁴¹⁶.

d) Enfin notons que le représentant peut avoir pouvoir de représenter bien que les rapports internes entre lui et le représenté ne soient pas des rapports de mandat. Ce sera, par exemple de simples rapports domestiques, ou un contrat de louage d'ouvrage, une vente, un cautionnement⁴¹⁷.

203. — En définitive, la conclusion à laquelle nous arrivons est la suivante : le rapport résultant de la représentation, c'est-à-dire le lien de droit qui se forme entre le représenté et le tiers contractant est tout à fait indépendant des rapports internes qui peuvent exister entre représenté et représentant. Là où il y a mandat, il n'y a pas nécessairement pouvoir de représenter.

416. Cf. : POTHIER, n° 89; — AUBRY et RAU, § 415, note 2; — TARTUFARI, *op. cit.*, n° 283, p. 331; — TROPLONG, n° 823.

417. Cf. : ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 88; — MITTEIS, *op. cit.*, § 22, p. 185; — TARTUFARI, n° 119, p. 146.

Les deux rapports de mandat et de représentation existent souvent; ils ne se confondent jamais : le pouvoir de représenter est de la nature du mandat, c'est-à-dire que, dans tout mandataire, on peut présumer un représentant; mais il n'est pas de l'essence du mandat.

204. — C'est là d'ailleurs une solution traditionnelle : l'histoire du droit nous montre que la représentation n'est pas de l'essence du mandat.

A Rome, le caractère essentiel du mandat consistait en ce qu'il était gratuit. Les auteurs romains n'ont pas donné de définition du mandat; mais il suffit de parcourir le titre *Mandati vel contra* au Dig. (47-1) pour s'apercevoir que la gratuité seule était de l'essence du mandat.

Quant à la représentation, nous avons vu qu'elle ne pouvait même pas coexister avec le mandat. Le mandat crée simplement des rapports entre les contractants; il ne peut pas créer de rapport de représentation ⁴¹⁸.

D'après nos anciens auteurs, c'est encore le caractère gratuit qui est de l'essence du mandat; nous ne pouvons les citer tous, indiquons les principaux : à la différence des auteurs romains, ils donnent des définitions du mandat.

Cujas : *Mandatum est conventio qua roganti*

418. V. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 295, p. 343.

fides datur procurandi aliquid sine mercede ⁴¹⁹.
Et encore ⁴²⁰ : *Mandatum est conventio qua is qui quid rogatur procuratoris animo, id se recepit, gratuito daturum facturumve.* »

Heineccius ⁴²¹ ne parle pas autrement : *Mandatum est contractus consensualis, quo negotium honestum ab alio ex fiducia commissum, gratis, administrandum gerendumque suscipitur.*

De même, Ferrière ⁴²² : *Contractus nominatus bonæ fidei synallagmaticus, solo consensu constans, quo negotium gratuito gerendum suscipienti procuratori committitur.*

Pothier, enfin ⁴²³, est encore plus formel : « Il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit, c'est-à-dire que le mandataire se charge par un pur office d'amitié de l'affaire qui fait la matière du mandat, et que le mandant ne s'oblige point à lui payer une somme d'argent, ou quelque autre chose qui soit le prix de la gestion de cette affaire. »

Et ailleurs ⁴²⁴ : « Le mandat est un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion

419. *Paratit. in lib. xvii, 1, Dig.*

420. *Paratit in lib. iv, 35 C.*

421. *Recitationes in elementa juris civilis sec. ordinem Instit. lib. III, Tit. 27, § 953. Édit Dupin, t. II, p. 277.*

422. *Nova et methodica juris civilis tractatio*, 2^e édit, 1734, t. 1, p. 221.

423. *Du mandat*, n° 22.

424. *Du mandat*, n° 1.

d'une ou de plusieurs affaires pour les faire à sa place et à ses risques, et l'autre contractant s'en charge *gratuitement* et s'oblige à lui en rendre compte. »

Or, dans la définition de l'article 1984 du Code civil, il n'est plus question de gratuité; et, si l'article 1986 en parle, c'est pour dire qu'elle peut exister ou non au gré des parties. Faut-il donc conclure, parce que le législateur a réuni dans un même concept la représentation et le mandat; que, dans notre droit civil, la représentation est de l'essence du mandat? Une telle conclusion serait en contradiction avec les données que nous fournit l'ancien droit. En droit romain, la gratuité est de l'essence du mandat; dans l'ancien droit, la règle est toujours la même; la seule différence consiste en ce que la représentation, que le droit romain n'admettait pas, est devenue possible. Quel nouveau changement le Code civil a-t-il donc fait? Il a simplement admis le caractère onéreux du mandat et, comme l'ancien droit, la possibilité de la représentation dans le mandat. Voilà toute la différence avec le droit romain: d'une part, le mandat peut être à titre onéreux, et d'autre part, habituellement, le mandataire a le pouvoir de représenter le mandant.

La représentation est devenue de la nature

du mandat ; mais de là à conclure qu'elle est devenue de son essence, il y a loin. Pour le soutenir, on est obligé de passer l'éponge sur les principes de notre ancien droit, et d'aller contre la volonté même des parties. Or, c'est là un point sur lequel on ne peut trop insister : en matière d'obligations, tout repose sur une analyse psychologique de la volonté des parties ; si le législateur va contre cette volonté, il se trompe : c'est ce qu'il a fait dans l'article 1984.

CHAPITRE III

RAPPORTS DE LA REPRÉSENTATION ET DE LA GESTION D'AFFAIRES.

Questions que soulève le rapport de représentation dans la gestion d'affaires.— **I.** On ne doit pas distinguer, au point de vue de la représentation, plusieurs sortes de gestion d'affaires. — Distinction proposée par Tartufari entre la gestion d'affaires proprement dite et la gestion d'affaires sous la condition de ratification du maître. — Réfutation de cette conception. — De la gestion d'affaires du tiers contractant. — Objections que soulève cette théorie. — Conclusion : il n'y a qu'une sorte de gestion d'affaires. — **II.** Du rapport juridique créé par le gérant d'affaires avant la ratification. — Théorie de l'offre. — Réfutation. — Conception d'après laquelle il y a avant la ratification un rapport juridique incomplet auquel il manque, pour être formé, la volonté du représenté.— Conséquences de ce principe. — Il faut dire qu'avant la ratification il y a un contrat parfait, avec seulement incertitude sur le point de savoir s'il produira ses effets dans le patrimoine du représenté. — Conséquences qui en résultent. — **III.** Du rapport après la ratification. — Effet rétroactif. Comment l'expliquer. — Limitation au principe de l'effet rétroactif. — **IV.** Conséquences de la non-ratification.

205. — La gestion d'affaires, c'est-à-dire l'acte d'une personne qui s'ingère intentionnellement dans l'administration du patrimoine d'autrui, est aujourd'hui une source très fré-

quente du rapport de représentation ⁴²⁵. D'origine très ancienne ⁴²⁶, la gestion d'affaires n'eut pendant longtemps à Rome d'autre résultat que de donner naissance à des rapports réciproques entre le maître de l'affaire et le gérant; plus tard, il est probable que le tiers qui avait conclu un contrat avec le gérant d'affaires put exceptionnellement avoir action contre le *dominus*, et même que le *dominus* put dans certains cas avoir une action directe contre le tiers ⁴²⁷.

Aujourd'hui, la gestion d'affaires, outre les rapports entre gérant et maître, crée un lien de droit entre le tiers et le maître, le lien de la représentation. Les contrats passés par le gérant d'affaires produisent directement leurs effets, actifs et passifs, dans le patrimoine du maître. Nous n'avons pas à nous occuper ici des

425. Cette extension s'est trouvée cependant limitée dans ces dernières années par suite du développement considérable de la stipulation pour autrui.

426. Voir : WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*; — COGLIOLO, *Principii della gestione degli affari altrui*; — PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui*, 1893; — FERRINI, *Bulletino dell'Ist. di Diritto romano*; VII, 1894, p. 85 à 116; — PACCHIONI, *eod. loc.*, 1896, p. 50-87.

427. L'action directe fut ainsi donnée au tiers qui avait contracté avec un *magister navis* substitué à un autre à l'insu de l'*exercitor*, l. 1, § 5. Dig. de *exerc. act.* 14-1. — V. un autre exemple dans la l. 6, § 9, D. de *neg. gestis* 3. 5. — D'autre part, une action directe fut acquise au *dominus* dans le cas où des actes conservatoires avaient été faits pour lui, l. 72 D. 3. 3. et l. 1. de *neg gestis*, 3. 5. — l. 1, § 3, de *oper. nov. nuntiatione*, 39, 1. — Contra CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui*, thèse romaine, p. 123-126.

rapports entre le gérant et le maître, mais seulement de rapport de représentation entre le tiers et le représenté, c'est-à-dire le maître.

Une question veut avant tout être tranchée : doit-on distinguer plusieurs espèces de gestions d'affaires, chacune ayant ses caractères propres, ses conditions particulières, ses effets spéciaux? Doit-on, au contraire, faire rentrer toutes les règles de la représentation dérivant de la gestion d'affaires dans un cadre unique? Ce problème une fois résolu, nous pourrons aborder plus franchement l'examen du rapport juridique résultant du contrat conclu entre le gérant d'affaires et le tiers contractant, et déterminer la mesure dans laquelle la volonté du représenté, en venant ratifier l'acte du gérant, participe à la formation du contrat qui doit produire effet dans son patrimoine. — Les développements sur les différentes questions seront répartis de la façon suivante :

SECTION I^{re} — *Doit-on distinguer, au point de vue de la représentation, plusieurs sortes de gestions d'affaires?*

SECTION II. — *Du rapport juridique avant la ratification.*

SECTION III. — *Du rapport juridique après la ratification.*

SECTION IV. — *Des conséquences qui résultent de la non-ratification par le maître du contrat conclu par le gérant d'affaires*

SECTION

On ne doit pas distinguer, au point de vue de la représentation, plusieurs sortes de gestions d'affaires.

206. — Le gérant d'affaires est celui qui de son initiative, s'ingère intentionnellement dans l'administration du patrimoine d'autrui. La gestion d'affaires suppose donc la réunion d'un double élément, un acte de gestion, élément de fait, et de plus un élément intentionnel, condition essentielle de la formation du rapport de représentation entre le tiers et le maître : l'intention de faire l'affaire du maître, la *contemplatio domini*⁴²⁸.

Il semble *a priori* qu'il est possible de ramener à cette notion simple tout acte de gestion d'affaires ; du reste, c'est seulement dans la doctrine moderne que l'on abandonne cette conception unique de la gestion d'affaires. A l'heure actuelle, on distingue trois gestions d'affaires : la gestion d'affaires proprement dite,

428. V. POTHIER, *Du quasi-contrat negotiorum gestorum*, n^{os} 167 et suiv.

la gestion d'affaires subordonnée à la ratification du représenté, la gestion d'affaires du tiers contractant.

207. — La distinction faite entre la gestion d'affaires proprement dite et la gestion d'affaires sous la condition de ratification du représenté, est la plus récente ; elle a été présentée par M. Tartufari ⁴²⁹. « Il y a, en réalité, écrit cet auteur, deux formes différentes de gestion, se distinguant par la raison qui les rend obligatoires pour le *dominus rei gestæ*, à savoir : l'une qui est obligatoire pour lui de plein droit et immédiatement, indépendamment de sa volonté, en vertu de la loi ; l'autre qui ne devient obligatoire que par l'effet de cette volonté résultant de la ratification ⁴³⁰ ». La première, est la gestion d'affaires proprement dite ; et pour bien en distinguer la seconde, l'auteur l'appelle « représentation volontairement assumée sans en avoir la faculté ⁴³¹ ».

Les différences sont d'ailleurs très grandes entre ces deux formes de gestion d'affaires. Ces deux rapports ont bien la même fonction écono-

429. TARTUFARI, *Della rappresentanza*, p. 120 à 136 et p. 406 à 478.

430. *Op. cit.*, n° 101.

431. *Op. cit.*, p. 406 et suiv., *Della rappresentanza volontariamente assunta senza avere facoltà*. De plus, pour mieux marquer la différence, il traite ces deux gestions d'affaires isolément, en deux endroits différents, ce qui nuit beaucoup à la logique du plan de l'ouvrage.

mique ⁴³² ; dans tous les deux, le représentant a l'intention de représenter ; mais, à côté de ces ressemblances, il y a entre eux des différences qui empêchent absolument de les réunir sous une même conception, différence dans les conditions de formation, différence dans les effets.

Différence dans les conditions : pour que la gestion d'affaires proprement dite existe, il faut la réunion de trois éléments : l'intention de faire le contrat pour le compte du maître, le *negotium alienum*, l'*utiliter gestum* ; pour la seconde, il faut seulement que le contrat ait été fait au nom du maître, et que le gérant n'ait aucun pouvoir conventionnel ou légal pour agir.

Différence dans les effets : dans la gestion d'affaires proprement dite, à l'aliénité subjective de l'affaire gérée s'ajoute l'aliénité objective ou *re ipsa* ⁴³³, tandis que, dans l'autre, le contrat n'étant destiné à devenir celui du *dominus* que s'il ratifie ou le fait sien, il importe peu qu'il soit *alienum solo animo gestoris*.

En second lieu, dans la gestion d'affaires proprement dite, le contrat conclu par le gérant pour le compte et au nom du *dominus* lie ce dernier envers les tiers, et crée entre eux un rapport

432. *Op. cit.*, n° 335, p. 407.

433. — TARTUFARI distingue en effet soigneusement, selon que le *negotium* est *alienum re ipsa* ou *solo animo gestoris*, n° 103, p. 122 et note 4.

de représentation immédiat, indépendamment de la volonté du représenté et même malgré elle, par la force attribuée par la loi à l'élément objectif de l'*utiliter captum*. Dans l'autre hypothèse de représentation, au contraire, le rapport contractuel créé du consentement mutuel du représentant et du tiers, ne produit ses effets dans le patrimoine du maître que par suite d'une déclaration de volonté de ce dernier, d'une ratification, en vertu cette fois d'un élément purement subjectif et indépendamment de l'utilité plus ou moins grande de l'affaire gérée ⁴³⁴.

Enfin, tandis que, dans la gestion d'affaires proprement dite, il ne s'agit en réalité entre le *dominus* et le gérant que d'un rapport obligatoire *ex lege*, ou, si l'on veut, *ex quasi contractu*, dans la « représentation volontairement assumée sans en avoir la faculté », le rapport entre le *dominus* et le gérant est, au contraire, volontaire et conventionnel.

Du reste, la distinction entre ces deux gestions d'affaires n'est pas seulement théorique ; elle conduit aux conséquences pratiques suivantes :

Dans le cas de gestion d'affaires proprement dite, la loi fixe les limites du pouvoir du gérant ; c'est la volonté du gérant seul qu'il faut consi-

434. *Op. cit.*, n° 358.

dérer pour déterminer la validité et les effets du contrat ; le contrat est formé pour le *dominus* au moment même où le gérant l'a conclu ; enfin, dès cet instant même, le contrat est parfait, sans qu'il puisse subir l'influence d'événements postérieurs.

Au cas « de gestion d'affaires volontairement assumée sans en avoir la faculté », il en est tout autrement : le pouvoir du gérant d'affaires est laissé à la discrétion du représenté ; deux volontés au lieu d'une influent sur la formation du contrat : celle du représentant, qui conclut le contrat, celle du représenté, qui le ratifie. — « On peut discuter sur le point de savoir à quel moment il faut faire remonter la formation du contrat, au jour de sa conclusion par le représentant ou à celui de la ratification ; enfin, le contrat ne devenant parfait que par la ratification, il peut, dans l'intervalle entre la conclusion et la ratification, produire certains effets spéciaux, et subir l'influence de certains événements. »

208. — Tel est, exposé aussi fidèlement que possible, le système de Tartufari. Il n'est pas besoin d'un long examen pour s'apercevoir ce qu'une telle distinction a d'artificiel et d'erroné. En réalité, là où l'on voit deux gestions d'affaires différentes il n'y en a qu'une seule : dans les deux cas, les conditions de formation du rap-

port de représentation sont les mêmes ; pareils sont les effets, pareil aussi le lien qui unit le représentant au représenté.

La confusion faite par Tartufari saute aux yeux dans sa dénomination des deux rapports : gestion d'affaires d'une part, « représentation volontairement assumée sans en avoir la faculté » d'autre part, comme si, dans les deux cas, le gérant d'affaires n'agissait pas volontairement, de son initiative, et sans avoir reçu aucun pouvoir. — Si ce que Tartufari appelle un gérant d'affaires au sens exact avait la faculté de faire acte de gestion, ce ne serait plus un gérant d'affaires, ce serait un mandataire ; certes, la loi donne, dans certains cas et à certaines conditions au gérant d'affaires, l'assurance qu'il sera indemnisé de sa gestion, et que naîtra le rapport de représentation. Mais on ne voit pas quelle différence il en résulte au point de vue de la nature du rapport de représentation. — Dans les deux cas, le gérant d'affaires conclut le contrat de sa propre volonté : ce contrat formé, la loi, dans un cas, présumant que le maître eût ratifié, déclare que le rapport direct entre le maître et tiers est formé, sans qu'il soit besoin de ratification ; dans l'autre, le lien direct ne se forme que s'il y a ratification. Mais, on le démontrera plus loin ⁴³⁵, cette ratification n'est pas un élé-

435. V. *infra*, n° 230.

ment de formation du contrat : le contrat existe avant la ratification, et indépendamment d'elle ; car, dès le jour où il a été conclu entre le gérant d'affaires et le tiers contractant, le maître a acquis le droit de s'en prévaloir.

D'ailleurs, est-ce que dans les deux cas l'intention de faire l'affaire d'autrui, la *contemplatio domini* n'est pas à la base de l'acte fait par le gérant ? Cette *contemplatio domini* est révélée par lui au tiers, soit, le plus souvent, en disant qu'il traite au nom d'autrui, ce qui est le mode normal, soit en laissant voir aux tiers cet élément intentionnel qui est le facteur essentiel et nécessaire de toute représentation. Il y a *negotium alienum* dans les deux hypothèses : que veut-on exiger de plus pour qu'elles se confondent en une seule ?

On objecte : dans la gestion d'affaires proprement dite, le *negotium* doit être *alienum re ipsa*, c'est-à-dire se référer d'une façon objective, tangible, à des rapports juridiques qui existent déjà dans le patrimoine du représenté ; tandis que, dans l'autre gestion d'affaires, le *negotium* peut être *alienum solo animo gestoris*, c'est-à-dire ne se référer à aucun acte du patrimoine actuel du représenté.

Il faut d'abord faire remarquer que cette distinction repose sur une notion fautive du patrimoine. Le patrimoine n'est pas uniquement la

somme des droits et des biens qui appartiennent actuellement à une personne ; c'est une entité abstraite, comprenant les droits et les obligations aussi bien à venir que présents. Tout acte de gestion d'affaires se réfère donc au patrimoine du maître ⁴³⁶.

Quant à cette condition que le *negotium* doit être *alienum re ipsa*, il faut bien s'entendre sur le sens de cette expression. On ne peut pas entendre par là que la gestion d'affaire existe par suite de la relation apparente, objective, avec le patrimoine du maître et par elle seule ⁴³⁷. Un élément de fait est à lui seul impuissant à créer un rapport de représentation ; il faut un élément intentionnel ; il faut montrer que l'on a réellement l'intention de gérer l'affaire d'autrui ; or, l'acte peut par lui-même extérioriser cette intention, la révéler au tiers. L'intention de se comporter comme gérant d'affaires se dégage de l'acte lui-même, *re ipsa*. Voilà ce que cette expression, connue déjà à Rome et reprise par les post-glossateurs, veut dire : il ne suffit pas que l'on s'aperçoive que le tiers fait l'affaire d'autrui ; il faut encore percevoir son intention de représenter. Si cette intention se dégage de l'acte même, par exemple dans le cas où quelqu'un

436. Cf. CAPITANT, *Introd. à l'étude du dr. civil*, p. 185 et suiv.

437. Comp. sur le *negotium alienum re ipsa* : VIGNES, *op. cit.*, p. 50 ; — TARTUFGARI, *op. cit.*, n° 103, p. 123, et les auteurs cités note 1.

paye les dettes d'autrui, fait des réparations à la maison d'autrui ou des améliorations à son fonds, la loi impose au maître le rapport de représentation tel qu'il vient d'être créé, à condition toutefois que cet acte soit utile ⁴³⁸.

Et, pour en revenir à la distinction proposée, il n'y a pas lieu de la faire ; dans les deux cas de gestion d'affaires, il faut toujours un élément intentionnel, c'est la base de toute représentation ; mais cette intention peut être plus ou moins apparente : si elle se perçoit *re ipsa*, pas besoin de ratification, l'acte étant utile au maître doit être pris par lui ; si l'intention et l'utilité ne sont qu'incertaines, le maître ne sera tenu que s'il veut bien ratifier. Mais la différence dans la manifestation extérieure de l'intention ne peut changer la nature du rapport qui résulte de cette intention même.

La même ressemblance entre les deux gestions d'affaires se retrouve dans leurs effets. Tartufari dit : dans le cas de « représentation volontairement assumées sans en avoir la faculté », l'effet n'est pas immédiat ⁴³⁹. C'est là une grossière erreur, en même temps que c'est battre en brèche la notion de représentation. Du moment, en effet, où toute gestion d'affaires fait naître

438. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 106, p. 128-129.

439. *Op. cit.*, n° 339, p. 411.

un rapport de représentation, cela veut dire que cette gestion d'affaires crée un droit direct et immédiat entre le maître et le tiers. C'est là l'effet fondamental de la représentation, et nous verrons plus loin qu'en partant de ce principe, il est impossible d'admettre cette règle classique, combattue énergiquement par M. Labbé ⁴⁴⁰, que la ratification, c'est-à-dire l'exercice par le représenté de son droit direct, ne peut préjudicier aux droits légitimement acquis à des tiers entre le jour de la conclusion du contrat par le gérant et le moment de la ratification. — La démonstration de ce point ruine complètement la distinction proposée par Tartufari entre la gestion d'affaires qui a et celle qui n'a pas eu effet immédiat dans le patrimoine du représenté.

Ainsi, mêmes conditions de formation, mêmes effets, même cause du rapport obligatoire, c'est-à-dire quasi-contrat: tels sont les rapports qu'une analyse exacte révèle entre les deux gestions d'affaires qu'on a voulu distinguer aussi nettement l'une de l'autre. En réalité, il n'y a qu'une seule gestion d'affaires; au fond, les rapports entre gérant d'affaires et maître sont les mêmes dans les deux cas, et il en est de même des rapports, qui seuls nous intéressent ici, entre le tiers contractant et le maître.

⁴⁴⁰. *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 37 et suiv.

Le Code civil n'a d'ailleurs pas fait la distinction qu'on nous propose, et il n'y a aucune raison pour distinguer ce que n'ont pas distingué les rédacteurs du Code.

209. — Dans un tout autre ordre d'idées, certains auteurs distinguent de la gestion d'affaires ordinaire la gestion d'affaires du tiers contractant. Voici ce que cela veut dire : un représentant agit en son nom propre ; mais le tiers avec lequel il contracte a la *contemplatio domini*, *seu ejus qui mandaverat* ; il a l'intention de créer un lien de droit entre lui et le représenté. Or, cette *contemplatio domini* a l'efficacité d'une renonciation implicite du tiers à l'action du contrat qui lui appartenait normalement contre le mandataire ; mais, d'un autre côté, comme il a la *contemplatio domini*, il aura l'action de gestion d'affaires contre le maître.

Cette théorie a été présentée en Allemagne par Ruhstrat ⁴⁴¹. Selon cet auteur, cette gestion d'affaires du tiers contractant existait déjà en droit romain ; elle aurait même été pour les Romains le moyen de tourner le principe de la non-représentation dans les contrats.

441. RUHSTRAT a développé plusieurs fois sa thèse. — V. : *Die Negotiorum gestio des Dritten Kontrahenten*, dans *Magaz. für das deutsch Recht der Gegenwart*. III : *Zur Lehre der Stellvertretung*, loc. cit. supra. — *Die institorische Actio negotiorum gestorum*, dans *Jahrb. für die Dogm.*, 27, p. 129 et suiv. — *Ueber die römischen Handlungsbevollmächtigten*, dans la *Revue de Savigny*, 10, 1889, p. 340 et suiv.

Une autre théorie, qui repousse la gestion d'affaires du tiers contractant dans le droit romain et combat Rühstrat sur ce point, soutient que cette gestion d'affaires existe au contraire dans le droit moderne. D'après cette théorie⁴⁴², la gestion d'affaires du tiers contractant est soumise aux règles ordinaires de la gestion d'affaires ; elle présente seulement cette particularité que le tiers a contracté, avec la *contemplatio domini*, avec un mandataire ou un gérant d'affaires qui, lui, n'avait pas l'intention d'agir pour autrui.

Il y aurait gestion d'affaires du tiers contractant, quand le mandataire se comporte comme s'il agissait pour son propre compte, mais que le tiers a l'intention de se lier directement au mandant, ou encore en droit commercial, quand le contrat a été conclu par un commissionnaire mais que le tiers a eu la *contemplatio domini*. Dans tous ces cas, le tiers aura l'action de gestion d'affaires contre le mandant.

210. — Cette théorie soulève de graves objections : on peut d'abord faire remarquer que, dans le cas où le mandataire et le gérant d'affaires ont agi sans avoir l'intention de lier directement le représenté, le tiers n'a aucune action directe contre le mandant ou le maître.

442. COGLIOLO, *op. cit.*, n° 107 et suiv.

Il importe peu au surplus que le tiers ait eu ou non la *contemplatio domini* ; en effet, la *contemplatio domini* est l'intention commune au représentant et au tiers de conclure un contrat pour le compte et dans l'intérêt exclusif du représenté, contrat qui obligera seulement ce dernier : il n'y a action directe du tiers contre le représenté, c'est-à-dire représentation, que si le représentant a eu l'intention de faire naître cette action directe. On peut, il est vrai, admettre que la *contemplatio domini* « n'est autre chose qu'un état d'esprit du tiers, lequel sait que le contrat est conclu en réalité dans l'intérêt du mandant, bien que le mandataire agisse en son propre nom. Mais alors, si cette connaissance de la destination exacte du contrat peut bien avoir une certaine influence sur la détermination du tiers, elle n'est au fond qu'un simple élément intentionnel, destiné à rester perpétuellement en dehors du domaine du droit ⁴⁴³. »

Et puis enfin, avec cette théorie, on arriverait à ce résultat qu'un mandant serait tenu malgré lui, alors qu'il ne voulait pas connaître les tiers, parce que le tiers a eu la *contemplatio domini*, c'est-à-dire une intention contraire à la sienne. Ce serait ouvrir la voie à la fraude, un tiers de

443 Cf. TARUFFARI, *op. cit.*, n° 109, p. 133. — V. aussi, sur la gestion d'affaires du tiers contractant : CHAMPEAU, *op. cit.*, p. 126-130 ; — VIGNES, *op. cit.*, p. 70 et suiv.

mauvaise foi pouvant très bien alléguer une *contemplatio domini* qu'il n'a jamais eue.

Du reste, la situation de ce tiers contractant n'est pas intéressante : au moment de contracter, c'était à lui de voir s'il devait ou non traiter directement avec le mandataire. S'il s'est décidé à accepter pour contractant le mandataire, il ne doit pas pouvoir changer la situation juridique qu'il s'est faite lui-même.

211. — En un mot, le gérant d'affaires est seulement celui qui gère l'affaire du maître sans en être chargé, et tous ceux qui contractent avec ce gérant d'affaires ne peuvent avoir contre le maître que l'action du contrat, et non l'action de gestion d'affaires. La théorie de la gestion d'affaires du tiers contractant n'est pas plus exacte pour le droit moderne qu'elle n'est admissible pour le droit romain. Au surplus, en aboutissant à donner une action directe au tiers contre le représenté, elle méconnaît la notion exacte de représentation, qui veut qu'il n'y ait de lien entre le représenté et le tiers contractant que lorsque le représentant a eu l'intention qu'il en soit ainsi.

SECTION II

Du rapport juridique avant la ratification.

212. — Avant d'aborder l'étude des effets de la ratification ⁴⁴⁴ par le maître des actes faits par le gérant d'affaires, il faut déterminer quelle est au juste la nature de l'opération juridique intervenue entre le tiers et le gérant, et quelles en sont les conséquences. Eux seuls sont-ils liés, ou au contraire le maître a-t-il un droit acquis à se prévaloir du contrat qui a été conclu pour son compte, et ce droit est-il à l'abri de tout changement de volonté de la part soit du tiers, soit du gérant, soit de tous les deux ensemble ? Ces questions divisent les auteurs : nous verrons que le désaccord vient surtout de ce que l'on méconnaît la notion exacte de la représentation.

213. — D'après une première théorie ⁴⁴⁵, l'opération intervenue entre le gérant et le tiers

444. Sur les différents sens du mot ratification, comp. : LABBÉ, *op. cit.*, p. 7 et 8 ; — TARTUFARI, *op. cit.*, p. 443-446.

445. DELAMARRE et LE POITVIN, *Du contrat de commission*, t. I, chap. 6, § 3, n° 367. « Le *negotiorum susceptor* qui a annoncé à quelqu'un avoir fait à celui-ci telle ou telle affaire, peut révoquer cette annonce, et garder pour lui l'affaire qu'il a faite tant qu'elle n'est pas acceptée, de même que, s'il avait des offres de services avant d'agir, il pourrait les révoquer avant leur acceptation. »

n'est pas un contrat ; c'est uniquement une offre de conclure un contrat faite par le représentant au représenté. La ratification n'est pas alors autre chose que l'acceptation de cette offre, acceptation qui opère et rend parfaite la conclusion du contrat.

La conséquence de cette théorie est la suivante : toute offre étant révocable, le gérant d'affaires peut empêcher la ratification en changeant de volonté ; et, après avoir annoncé à quelqu'un qu'il avait géré pour lui telle ou telle affaire, il peut révoquer cette offre et prendre pour lui le contrat qu'il a conclu.

La théorie de l'offre est quelquefois présentée d'une autre façon : c'est le tiers qui, par l'intermédiaire du gérant d'affaires offrirait au maître de conclure avec lui un contrat⁴¹⁶. Il en résulte que la révocation du gérant est inefficace ; car ce n'est pas lui qui fait l'offre, il la provoque seulement et la transmet. Mais le tiers, au contraire, peut révoquer cette offre comme s'il l'avait faite lui-même au représenté. Enfin, le tiers et le gérant peuvent d'un commun accord révoquer l'offre : puisque le tiers peut révoquer seul, à

416. TOULLIER, t. IV, n° 30, note 2. — RUHSTRAT, *Stellvertretung ohne Vollmacht*, dans *Jahrb. für die Dogm.* 10, p. 211-220. — WÄCHTER, *op. cit.*, p. 681-682. — TARTUFIARI avait adopté ce système dans son ouvrage *Contratti a favore di terzi*, § 108, p. 212 et suiv. ; mais, dans *Della rappresentanza*, nos 365 et suiv., il le combat au contraire

plus forte raison peut-il révoquer lorsque telle est aussi la volonté du gérant.

214. — Il faut d'abord rejeter cette dernière conception de la théorie de l'offre, qui bouleverse complètement la position juridique du gérant d'affaires et du tiers contractant. En disant en effet que ce tiers fait une offre au représenté par l'intermédiaire du gérant, on fait de ce dernier le porte-parole du tiers, alors qu'au contraire le gérant agit pour le maître et non pour le tiers.

Entendue de l'autre façon, la théorie de l'offre n'est pas d'ailleurs plus exacte. Elle est tout d'abord en contradiction avec l'intention des parties : le gérant et le tiers n'ont pas voulu conclure un acte révocable au gré du représentant ou du tiers; ils ont voulu donner naissance à un rapport et à un lien de droit provisoirement obligatoires pendant le temps qui s'écoulera entre la conclusion du contrat et la ratification du maître⁴⁴⁷.

Mais de plus, pour offrir à quelqu'un le bénéfice de la conclusion d'un contrat, il faut avoir ce bénéfice, et précisément le gérant d'affaires n'a rien acquis, puisqu'il a déclaré agir au nom et pour le compte d'autrui⁴⁴⁸. Il ne peut rien offrir, et d'un autre côté il ne peut rien

447. Cf. TARTUFARI, *op. cit.*, p. 418.

448. Cf. LABBÉ, *op. cit.*, p. 46.

révoquer; du moment en effet où, volontairement il a déclaré agir pour le compte d'autrui; « il épuise son droit, il détermine irrévocablement à qui seul, la ratification survenant, le contrat profitera. Il ne peut pas se repentir, il ne peut pas varier, il a fait un quasi-contrat dont les effets découlent d'une seule volonté se liant elle-même à l'égard d'un absent ⁴⁴⁹.

On a bien, il est vrai, prétendu que, dans le cas où la gestion d'affaires n'était obligatoire que sous condition de ratification, il existe entre le maître et le gérant un rapport, non plus quasi-contractuel, mais conventionnel ⁴⁵⁰. Dans cette conception, on doit admettre logiquement qu'avant la ratification, la révocation de l'acte passé par le représenté est possible. Aussi n'y a-t-il pas à s'étonner que les partisans de cette conception, tout en rejetant le système de l'offre, soutiennent que la révocation est possible du consentement unanime du tiers et du gérant. On arrive ainsi à un système mixte : avant la ratification, il n'y a pas seulement une simple offre, il n'y a pas non plus un contrat parfait. Examinons les principes et les conséquences de ce système.

215. — Le contrat conclu avec le tiers par le

449. LABBÉ, *op. cit.*, p. 45.

450. TARTUFARI, p. 420.

gérant donne naissance à un rapport de droit encore imparfait et incomplet. Pour être parfait, il manque la volonté de celui dans le patrimoine duquel le contrat est destiné à produire ses effets : la ratification n'est pas une condition accessoire de l'efficacité du contrat ; elle est, au contraire, une *partie constitutive* du contrat et la « *cause efficiente de son existence même* »⁴⁵¹. Trois volontés sont en effet nécessaires pour créer le rapport de représentation ; or, si celles du représentant et du tiers existent, celle du représenté au contraire fait défaut. Assurément, on ne peut dire que, dans l'intervalle qui existe entre la conclusion du contrat et la ratification le rapport juridique soit nul ou inexistant ; mais il est en suspens, il y manque un élément constitutif : la volonté du représenté⁴⁵².

216. — De ce principe résultent les conséquences suivantes :

D'abord, le gérant ne peut, par sa volonté, révoquer le contrat entre le moment de sa conclusion et celui de la ratification ; le tiers a en effet un intérêt certain à attendre la ratification de celui en vue duquel il a contracté, et cet intérêt doit être protégé et défendu : le meilleur

451. MITTEIS, *op. cit.*, § 25, p. 209 et suiv. — TARTUFARI, *op. cit.*, n° 364, p. 416.

452. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 367. — MITTEIS, § 27, p. 225-226. — WINDSCHEID, § 74, texte et note 4. — DERNBURG, *Pand.* I, § 1496, p. 273.

moyen de le défendre est d'empêcher le gérant de pouvoir révoquer ⁴⁵³.

De son côté, le tiers ne peut pas non plus révoquer le contrat ; sa volonté ne peut rien sur l'existence du rapport que le gérant et lui viennent de créer ⁴⁵⁴. Il y a exception cependant lorsque le tiers a contracté croyant que le représentant avait le pouvoir de représenter ; il ne peut dès lors être obligé de rester dans une position juridique qu'il n'a pas voulue, et est libre de se retirer du rapport, tant que le représenté n'a pas ratifié ⁴⁵⁵.

Mais au contraire on admet, dans ce système, que ce que le tiers et le gérant ne peuvent faire isolément, ils le peuvent d'un commun accord. Du moment en effet où le tiers consent à la révocation du contrat, on ne peut plus, au nom de ses intérêts, mettre obstacle à cette révocation ; de son côté, d'ailleurs, le gérant peut croire qu'il serait plus avantageux pour le maître de faire cette révocation, par exemple pour conclure une affaire plus avantageuse ou pour éviter de faire

453. On a essayé d'appuyer cette conséquence sur un texte du *Digeste*, la l. 24, § 1, *rat. rem. hab.*, 46, 8. Cet argument présenté par HELLMANN, *op. cit.*, p. 12, est combattu par MITTEIS, *op. cit.*, § 27, II, p. 219, qui prétend que *pœniteat* vise un changement de volonté purement interne, non manifesté extérieurement.

454. Cf. : TARTUFARI, n° 369, p. 421 ; — MITTEIS, § 27, p. 218.

455. Cf. : TARTUFARI, n° 369, p. 423 ; — ZIMMERMANN, *op. cit.*, § 19, II, 2 b, p. 284-285 ; — MITTEIS, *op. cit.*, § 18, p. 168, et § 26, p. 215-216.

courir au maître le risque d'un débiteur insolvable.

Finalement, on arrive à cette conclusion que ni le tiers ni le gérant ne peuvent seuls révoquer le contrat, mais le peuvent tous les deux ; dans ces conditions, la résiliation est valable, et doit être acceptée par celui pour le compte duquel le gérant avait traité ⁴⁵⁶.

217. — Cette théorie ne se dégage pas suffisamment par ses conséquences du système de l'offre. Il faut aller plus loin, et décider qu'avant la ratification il existe un contrat parfait. Il y a seulement incertitude sur le point de savoir si ce contrat produira ou non ses effets dans le patrimoine du représenté. La ratification n'est pas un élément nécessaire à la formation d'un

456. On a justifié encore cette révocation de la part du tiers et du gérant par la fonction économique de la gestion d'affaires. Si cette forme de représentation est destinée à permettre à chacun d'avoir soin du patrimoine d'autrui, il en résulte qu'elle doit pouvoir permettre au gérant d'abandonner ce qu'il a fait pour le maître pour une opération qui lui paraît plus avantageuse. TARTUFARI, n° 371, p. 425. — MONROY donne une autre raison pour expliquer la possibilité de la révocation du consentement du tiers et du représentant : selon cet auteur, le gérant doit être, dans les contrats, considéré comme le véritable contractant ; c'est lui qui détermine le contenu du contrat. Mais il ne fait pas cela nécessairement en une seule fois, il peut au contraire accomplir une série d'actes successifs tant que le maître ne ratifie pas, et peut, par un nouveau contrat, modifier celui ou ceux qu'il a précédemment conclus. Et, si le maître veut ratifier, il doit ratifier toute la série des actes accomplis en son nom par le tiers, ces actes formant un tout inséparable. (*Op. cit.*, § 7, n° 3, p. 47-48.) V. aussi dans ce sens : SEUFFERT, BÄHR, RUHSTRAT, CURTIUS, GLÜCK, WINDSCHEID, BERTOLINI, cités par TARTUFARI, *op. cit.*, p. 426, note 3.

contrat ; « elle consolide un contrat déjà formé entre le tiers contractant et l'absent, qui a été représenté à son insu et qui l'approuve ⁴⁵⁷. »

On dit quelquefois que la ratification peut être considérée comme une condition potestative qui ne crée pas un acte juridique, mais fait seulement produire des effets à un acte déjà existant, et l'on en conclut que, comme dans tout acte conditionnel, l'effet doit pouvoir se produire au moment de l'événement de la condition. Le représenté a donc, dès le jour même de l'accord intervenu entre le gérant d'affaires et le tiers, un droit acquis à la ratification, droit auquel lui seul peut renoncer.

Ce raisonnement est exact ; cependant, il n'y a pas besoin de faire intervenir la notion de condition potestative pour prouver que le contrat est formé avant la ratification : il suffit toujours de s'en tenir à la notion de représentation. Que veut le gérant d'affaires ? Représenter quelqu'un ; représenter, c'est-à-dire créer un lien direct entre le représenté et le tiers avec lequel il contracte. Or, qui crée ce lien de droit, est-ce la volonté du représenté ? Non ; c'est la volonté du représentant concourant avec celle du tiers. Le

⁴⁵⁷. LABBÉ, *op. cit.*, p. 46. — ZIMMERMANN, *op. cit.*, § 7, p. 138 et 149. — KARLOWA, *op. cit.*, p. 59-60. — La ratification, disent ces auteurs, n'est pas une *causa efficiens* du contrat conclu entre le représentant et le tiers, mais simplement une *conditio juris*.

représenté, lui, ne participe pas directement à la formation de ce rapport; il accepte seulement les effets d'un rapport qui existe avant toute ratification et indépendamment d'elle. Le maître ratifie, entendez par là qu'il prend pour lui le contrat conclu par un autre. Dans le cas de mandat, le représenté donne pouvoir au représentant de contracter pour son compte, c'est-à-dire qu'il accepte, avant qu'il soit conclu, le contrat passé par le représentant dans les limites de son pouvoir; dans le cas de gestion d'affaires cette acceptation intervient une fois le contrat formé. Mais, dans les deux cas, c'est la volonté du représentant, mandataire ou gérant d'affaires, qui concourt directement avec celle du tiers contractant pour former le contrat, qui, en cas de volonté conforme du représenté, produira immédiatement tous ses effets dans son patrimoine⁴⁵⁸.

218. — Un contrat est donc, dès à présent et avant toute ratification, conclu entre le gérant et le tiers. Il en résulte que, dès à présent, le maître a un droit acquis à agir directement contre le tiers : la ratification lui donne seulement l'exercice de ce droit.

Ayant un droit acquis à se considérer comme représenté, ce droit doit être à l'abri des changements de volonté du tiers ou du représentant,

458. LABBÉ, *op. cit.*, n^{rs} 29 et 49.

à l'abri aussi des événements qui viendraient modifier la situation du gérant ⁴⁵⁹; il doit pouvoir l'exercer le jour de la ratification, comme il eût pu l'exercer le jour même où le contrat a été conclu.

En ratifiant, il déclare qu'il a été valablement représenté. Il a été représenté, donc les effets du contrat se sont produits immédiatement dans son patrimoine; or, en admettant, avec les systèmes que nous combattons, que le rapport résultant du concours de volontés du gérant et du tiers peut être détruit par un concours de volontés contraire, on nie cet effet immédiat et direct. Ce qui est vrai, c'est que le rapport ainsi créé ne peut être modifié ou enlevé au maître ni par le gérant seul, ni par le tiers seul, ni même par tous les deux ensemble. — Le droit doit pouvoir être exercé par le maître au moment où il ratifie, de la même façon que s'il avait exercé ce droit au jour de la conclusion du contrat.

C'est de cette idée qu'il faut partir pour déterminer les effets de la ratification du maître

459. C'est ainsi que ni la mort, ni l'incapacité, ni un changement de volonté du gérant n'empêcheraient la ratification. — LABBÉ, p. 27. — TARTUFARI, p. 428 et suiv. — Or ce résultat n'est possible qu'en considérant la ratification comme un acte unilatéral de volonté et en admettant que, dans le cas où le maître doit ratifier, il est toujours uni au gérant par un lien quasi contractuel et non conventionnel, comme on l'a prétendu.

sur le rapport juridique résultant pour lui des deux volontés du gérant d'affaires et du tiers contractant.

SECTION III

Du rapport juridique après la ratification.

219. — Tous les effets de la ratification se résument dans une même idée : en ratifiant, le maître se place dans la même situation que s'il avait lui-même contracté. Le rapport créé par le gérant d'affaires et le tiers va produire ses effets dans le patrimoine de celui en vue duquel ils avaient contracté. On exprime ordinairement ce résultat en disant que la ratification a un effet rétroactif.

On a cherché à expliquer cet effet rétroactif de plusieurs façons ⁴⁶⁰. La ratification rétroagit, dit-on, parce que, en ratifiant, le maître déclare avoir eu la même volonté que le gérant, depuis le jour de la formation du contrat jusqu'au jour où il ratifie ; quand le contrat a été conclu, sa volonté correspondait à celle du gérant, et c'est parce qu'elle n'a pas cessé d'y correspondre que

460. La rétroactivité de la ratification ne peut évidemment pas se soutenir dans la théorie de l'offre ; il n'est pas de règle en effet que, dans la conclusion des contrats, l'acceptation rétroagisse au jour où l'offre a été faite, à moins d'une volonté contraire des parties.

le maître déclare accepter les effets du contrat passé pour son compte ⁴⁶¹.

Cette explication ne peut être admise : elle est contredite par les faits, puisque le plus souvent ⁴⁶², le gérant d'affaires conclut le contrat à l'insu du maître ; et, si le maître ratifie, c'est précisément pour dire qu'il accepte les effets d'une déclaration de volonté faite par le gérant, volonté qui souvent était contraire à la sienne au moment où elle a été émise ⁴⁶³.

La plupart des auteurs font reposer l'effet rétroactif sur une fiction : celui qui ratifie l'acte accompli dans son intérêt est censé avoir donné un mandat antérieur. C'est là du reste une explication traditionnelle, formulée dans cet adage classique : *Ratihabitio mandato comparatur* ⁴⁶⁴.

L'idée de fiction est, selon nous, inexacte et inutile. Pour soutenir que la volonté du maître est censée exister au moment du contrat, il faut que cette volonté ait pu réellement exister ; or, si le maître est un incapable, ou bien un mandant dont les limites du pouvoir conféré à son mandataire sont dépassés, on ne peut supposer

461. GRIESINGER, *Ratihabitio*, p. 31-32.

462. Mais pas nécessairement. V. en effet l'art. 1372 C. civ.

463. Cf. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 409, p. 462.

464. Cf. LABBÉ, *op. cit.*, n° 3, p. 9 ; — L. 12, § 4, Dig. de solut. et liber. 46, 3.

que ces personnes ont voulu une chose qu'ils ne pouvaient vouloir. Au reste, cette idée de fiction n'est que le résultat de la notion que certains auteurs ont de la représentation. Si le représentant ne déclare pas dans le contrat sa volonté propre, mais est censé déclarer la volonté du représenté, il faut logiquement admettre que cette volonté est censée avoir existé au moment de la conclusion du contrat. Si, au contraire, on rejette toute idée de fiction dans la représentation, on n'a pas besoin de recourir à la même idée pour expliquer la ratification.

En réalité, lorsque le maître ratifie, il ne déclare pas qu'il a eu, au moment de la conclusion du contrat, la même volonté que le gérant; il déclare simplement prendre pour lui un contrat déjà formé en dehors de sa volonté. Ce contrat produit un effet direct et immédiat dans son patrimoine, parce que telle a été la condition de formation de ce contrat. Cet effet immédiat a été voulu par le gérant et par le tiers⁴⁶³; le maître qui ratifie déclare accepter cet effet.

Et c'est parce que la rétroactivité dépend de la commune intention du gérant et du tiers qu'elle n'existera pas, si elle n'a pas été voulue par eux; il en sera ainsi dans le cas où ils auront

463. TARTUFARI, *op. cit.*, n° 410, p. 462-464. — MITTEIS, *op. cit.*, p. 243-245.

considéré la ratification, non seulement comme une condition essentielle à la perfection du contrat, mais aussi comme un événement qui devait marquer le point de départ des effets du contrat ⁴⁶⁶.

En résumé, nous arrivons à la conclusion suivante : la ratification a pour effet immédiat de placer le représenté dans la même situation que s'il avait lui-même contracté, à moins toutefois que le gérant et le tiers n'aient manifesté une volonté contraire. La volonté du représenté n'est pas, en effet, un élément nécessaire à la formation du contrat ; elle vient s'approprier un contrat tout formé.

220. — C'est pour avoir perdu de vue cette idée que le représenté qui ratifie prend un contrat existant du jour où il a été conclu par le tiers et le gérant d'affaires, que l'on n'est pas toujours tombé d'accord sur les conséquences de la ratification. Elles sont cependant faciles à indiquer, si on veut bien ne pas oublier que le contrat ratifié doit produire effet immédiat et direct dans le patrimoine du représenté. Notons les principales.

La conséquence la plus importante, et en même temps peut-être la plus contestée, est la suivante : les droits légitimement acquis à des

466. MITTEIS, *op. cit.*, note 307. — TARTUFARI, n° 410, p. 464.

tiers ne peuvent empêcher l'effet rétroactif de la ratification. Nous prenons ainsi le contre-pied de cette maxime de droit extraite d'un passage de de Bartole ⁴⁶⁷ : *actus medius interveniens impedit ratihabitionem retrotrahi*, c'est-à-dire que la ratification ne peut préjudicier aux droits légitimement acquis à des tiers. Par tiers, on entend ici ceux qui ont traité avec le maître, le gérant ou le tiers contractant, entre le jour de la conclusion du contrat et celui de la ratification.

Cette règle a fait fortune, et, aujourd'hui encore, beaucoup d'auteurs la signalent comme une exception à l'effet rétroactif de la ratification ⁴⁶⁸. M. Labbé s'est attaché à démontrer qu'il y avait là une erreur, et que de même que la ratification rétroagit à l'égard du gérant d'affaires et du tiers contractant, de même elle doit rétroagir à l'égard des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble du chef de ces deux co-contractants. Il établit sa démonstration sur deux arguments : un argument historique d'abord ; il prouve que la formule que l'on a tirée du passage de Bartole n'a pas été admise par tous nos anciens auteurs. Il invoque ensuite un

467. BARTOLE, sur la l. 16, § 1, *si indebitum*, D. 46-8.

468. DEMOLOMBE, T. XXIV, n° 219 et suiv. — GUILLOUARD, *Du mandat*, n° 199, p. 510. — TROPLONG, *Du mandat*, n° 620. — AUBRY et RAU, T. IV, § 413, p. 631, texte et note 10. — HUC, *Commentaire du C. civil*, T. VIII, n° 383, p. 512. — TARTUFARI, *op. cit.*, n° 419, p. 408.

argument de droit : les tiers ne sont en réalité que des ayants cause du gérant ou de son co-contractant, qui ont accepté telle quelle la cause d'un contrat antérieur faite à leur auteur. Or, leur auteur, n'ayant qu'un droit soumis à la ratification, ne peut transmettre qu'un droit pareil à ses ayants cause : c'est une règle fondamentale de droit et d'équité que nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a.

Il est impossible de nier la valeur de l'argumentation de M. Labbé. Aussi bien adoptons-nous les mêmes arguments que lui ; mais, pour nous, les arguments présentés sont accessoires et de second plan. Si la règle que la ratification ne peut préjudicier aux droits légitimement acquis à des tiers doit être rejetée, c'est d'abord et surtout parce qu'elle entame le principe de la représentation et en est la négation même.

221. — Le maître qui ratifie accepte la qualité de représenté qui lui a été conférée par le gérant d'affaires. Or, quel est l'effet essentiel de la représentation ? Créer un lien direct entre le patrimoine du représenté et celui du tiers, faire produire à un acte immédiatement tous ses effets dans le patrimoine du représenté. Nous en avons conclu que les volontés du tiers et du représentant, isolées ou réunies, ne pouvaient mettre obstacle à la production parfaite et immédiate de l'effet du contrat dans le patrimoine du représenté. Nous

en concluons ici que ce qui est impossible au gérant et au tiers contractant est également impossible à leurs ayants cause. Au moment où le maître ratifie, il doit se trouver dans la même situation que s'il avait lui-même contracté ; or, n'est-il pas évident que, s'il est obligé de respecter les droits acquis à des tiers, il ne se trouve pas dans cette situation.

Le rapport créé par le gérant et le tiers a pour conséquence directe que le maître a un droit acquis à se prévaloir de l'effet de ce contrat. Ceux qui lui ont conféré ce droit ne peuvent le lui retirer : pourquoi d'autres le pourraient-ils ?

Admettre qu'ils le peuvent, c'est dire que la ratification ne rétroagit que partiellement au profit du représenté, et c'est dire par là même que le maître n'a été que partiellement représenté. Or, c'est la négation même du rapport de représentation, tel qu'il a été voulu par le gérant et le tiers au moment où le contrat a été conclu par eux. L'intention commune du tiers et du représentant, partagée ou acceptée par le représenté, n'est pas seulement un élément capital de la formation du rapport de représentation ; elle en est aussi la mesure, c'est-à-dire qu'il ne faut jamais la perdre de vue pour déterminer les effets de ce rapport.

222. — Ces considérations, tirées de la notion même de représentation, conduisent dans la

pratique aux conséquences suivantes, selon que les tiers tiennent leurs droits du tiers contractant, du gérant ou du maître.

a) *Du tiers contractant.* Si un gérant d'affaires achète un immeuble, et que, avant la ratification, le tiers vendeur le vende à une autre personne, la ratification faite ensuite par le maître rétroagira au préjudice des droits acquis par le second acheteur, à condition bien entendu que l'acquisition faite par le gérant ait été transcrite.

b) *Du gérant d'affaires.* Si le gérant qui a acheté un immeuble pour autrui veut prendre pour lui l'acquisition, et vend à un tiers l'immeuble qu'il a acheté, cette vente ne pourra pas mettre obstacle à la ratification.

c) *Du maître.* Si le gérant d'affaires a vendu un immeuble, et que, avant la ratification, une hypothèque légale ou judiciaire vienne frapper tous les biens du maître, l'hypothèque n'empêchera pas l'effet de la ratification, et le bien vendu sera soustrait à l'hypothèque⁴⁶⁹.

De l'idée que la ratification place le représenté dans la même situation que s'il avait lui-même contracté, découlent les autres conséquences de la ratification.

469. V., sur tous ces points, LAROSIÈRE, p. 59 et suiv. *Contra.* — DEMOINGE, t. XXIV, n^{os} 219 et suiv.

S'il s'agit de l'achat d'un immeuble fait par le gérant d'affaires, le représenté qui ratifie, devenant propriétaire du jour de la vente, acquiert les fruits produits depuis le jour où le contrat a été conclu, tout ce qui a pu l'augmenter, le trésor qui a été trouvé dans l'immeuble ⁴⁷⁰. L'immeuble a-t-il été détérioré dans l'intervalle du contrat à la ratification, le représenté pourra intenter contre l'auteur du dommage une action en dommages-intérêts.

Si l'on suppose que le gérant d'affaires a acquis un fonds grevé d'une servitude rurale, et que, avant la ratification, le vendeur devienne propriétaire du fonds dominant, la ratification empêchera que cette servitude ne soit éteinte par confusion ⁴⁷¹.

Le contrat conclu par le gérant d'affaires avec le tiers est-il productif d'intérêts, ces intérêts seront dus, non pas du jour de la ratification, mais du jour de la conclusion du contrat, à moins de volonté contraire exprimée par les contractants.

Telles sont les principales conséquences de la règle d'après laquelle la ratification du maître produit un effet rétroactif. Cette règle reçoit quelques limitations et exceptions qu'il faut maintenant indiquer.

470. Cf. TARTUFARI, n° 411, p. 433.

471. *Contra* MITTEIS, *op. cit.*, p. 252.

223. — La limitation la plus importante à l'effet rétroactif de la ratification se rencontre dans l'hypothèse où, un gérant d'affaires ayant vendu l'immeuble d'autrui ou conféré une hypothèque sur cet immeuble, le maître, qui ignore la vente ou la concession d'hypothèque, vend à son tour cet immeuble ou l'hypothèque. Peut-il ensuite ratifier la première vente ou la concession d'hypothèque faite par le gérant? Évidemment non; car, lorsqu'il a vendu, il l'a fait valablement, l'acte du gérant ne pouvant diminuer son patrimoine que s'il ratifiait. En vendant, il a anéanti toute possibilité de ratifier le contrat consenti par son gérant d'affaires; « il a refusé de le ratifier, il a désavoué son gérant d'affaires ⁴⁷² ».

Si, d'un autre côté, le contrat doit être exécuté dans un temps déterminé, l'effet rétroactif de la ratification ne peut prolonger ce délai, et elle doit avoir été faite pour l'époque fixée ⁴⁷³.

Enfin, si le tiers qui a traité avec le gérant d'affaires n'est devenu capable de contracter

472. LABBÉ, nos 57 et 58. — TARTUFARI, nos 411-412. — MITTEIS, p. 250-251.

473. C'est seulement dans le cas où le gérant et le tiers ont fixé un délai pour la ratification du contrat que l'exécution doit être faite dans le délai déterminé. Si aucun terme n'a été stipulé, on décide généralement que le maître aura pour ratifier le temps nécessaire pour avoir connaissance de l'acquisition faite en son nom, et apprécier l'avantage qu'il peut avoir à ratifier. — V. d'ailleurs l. 13, Dig. de sol. et lib. 46, 3; l. 12, § 2, D. rat. rem hab. 46-8.

que dans l'intervalle qui sépare la conclusion du contrat du jour de la ratification, cette ratification sera forcément limitée. Elle ne pourra rétroagir que jusqu'au jour où le tiers, étant capable, peut être considéré comme ayant valablement contracté ⁴⁷⁴.

En résumé, la ratification a pour effet fondamental de donner vie entre le représenté et le tiers contractant à un rapport direct. Il faut maintenant déterminer les conséquences du refus du maître de ratifier l'acte passé par son gérant d'affaires.

SECTION IV

Conséquences de la non-ratification.

224. — En ce qui concerne le maître, l'effet résultant de son refus de ratifier est bien simple : il n'est lié en aucune façon par le contrat que le gérant a conclu pour son compte et dans son intérêt ; ce contrat est pour lui *res inter alios acta*.

⁴⁷⁴ Si c'est au contraire le maître qui est incapable au jour de la conclusion du contrat, la ratification rétroagira au jour où le gérant a contracté. On peut en effet gérer l'affaire d'un incapable (AUBRY ET RAU, t. IV, § 441, p. 723), et le contrat passé par le gérant est valablement formé, puisque nous avons posé en principe que tout représentant déclare sa propre volonté. *Contra* : TARTUFARI, n° 416, p. 468 ; — LAURENT, t. XXVIII, n° 46 ; — TARTUFARI, n° 421, p. 470.

La question est, au contraire, beaucoup plus complexe relativement aux conséquences du défaut de ratification vis-à-vis du tiers contractant. Ces effets varient suivant que le tiers sait ou ne sait pas qu'il traite avec un gérant d'affaires.

225. — *a) Le tiers sait que le contrat ne doit produire ses effets que s'il est ratifié.* — Dans ce cas, l'effet résultant de la non-ratification sera différent, selon que le gérant s'est engagé à ratifier ou non.

Si le gérant ne s'est engagé à rien, il ne peut être responsable envers le tiers du défaut de ratification du maître.

Mais, le plus souvent, le tiers contractant aura exigé que le tiers contractant se porte fort de la ratification du maître; si alors le contrat n'est pas ratifié, le tiers pourra se retourner contre le gérant, et l'actionner en dommages-intérêts. Il ne pourra toutefois le contraindre à l'exécution du contrat, d'abord parce que le refus de ratifier la promesse du porte-fort rend seulement le porte-fort passible de dommages-intérêts⁴⁷⁵, et aussi par une raison spéciale tirée

475. Cf.: AUBRY et RAC, T. IV, § 343 *ter*, p. 308; — LAROMBIÈRE, T. I, sur l'article 1120; — POTHIER, *Des obligations*, n° 56; — TARTUFGARI, n° 421; — LAURENT, T. XXVIII, n° 48, prétend au contraire que le mandataire s'oblige, dans le cas où le mandant ne ratifie pas, à exécuter le contrat. — La solution que nous avons adoptée au texte peut s'appuyer sur le droit romain, la *cautio de rato* n'obligeant le gérant qu'à des dommages-intérêts. (L. 13 et 10. Dig. rat. rem hab. 46-8.)

de la notion de représentation. Quelle a été en effet l'intention des parties, gérant et tiers, lorsqu'ils ont contracté? Former un contrat destiné à produire ses effets entre le tiers et le représenté, au cas où ce dernier ratifierait. C'est là la raison d'être du contrat : le gérant n'a pas voulu lier son patrimoine dans le cas où il n'y aurait pas ratification ; et, du moment où cette intention a été partagée par le tiers, on ne peut obliger le gérant à subir les effets d'un contrat qu'il a voulu seulement conclure pour le compte d'autrui.

226. — *b) Le tiers contractant n'a pas su qu'il traitait avec un gérant d'affaires.* — Supposons, par exemple, une personne qui a cru traiter avec un mandataire agissant dans les limites de ses pouvoirs : quelle sera, dans ce cas, la responsabilité du gérant d'affaires envers le tiers, s'il n'y a pas ratification ?

La question est très délicate ⁴⁷⁶ ; il faut, en

476. Il y a, sur cette question, à peu près autant de systèmes qu'il y a d'auteurs à s'être occupés de la question de la représentation. Les uns soutiennent que le gérant ne peut être rendu responsable envers le tiers que dans le cas de dol, c'est-à-dire quand il a intentionnellement caché sa qualité de représentant. (En ce sens : SEUFFERT, *op. cit.*, p. 76 ; — HELLMANN, p. 142-143 ; — BRINZ, *Krit. Blätter* II, p. 39.) — D'autres, trouvant ce système trop rigoureux pour les tiers, ont mis de côté toute idée de faute ou de dol. On suppose alors que, dans la conclusion du contrat, le gérant se porte tacitement garant de la qualité en laquelle il agit, ce qui a pour résultat de l'engager en général à des dommages-intérêts, et quelquefois même à l'exécution du contrat. — WINDSCHEID, *op. cit.*, § 74. — BUCHKA, *op. cit.*, p. 238. — D'autres pré-

effet, concilier deux intérêts opposés : l'intérêt du tiers, qui a cru de bonne foi contracter d'une façon ferme, et celui du gérant d'affaires, qui a voulu contracter pour autrui.

Il faut écarter d'abord ici l'article 1997 du Code civil⁴⁷⁷. Cet article vise le cas spécial où un mandataire, ayant donné connaissance au tiers de ses pouvoirs, dépasse, en contractant avec ce tiers, la limite de ses pouvoirs. Dans ce cas, en effet, il est bien certain que le mandataire ne peut encourir aucune responsabilité envers le tiers ; car il y a faute commune de la part du tiers et du mandataire à faire un acte qu'ils

tendent que l'obligation dérivant du contrat naît d'abord dans la personne du représentant, qui ne s'en trouve affranchi que dans le cas où il présente au tiers une personne, le représenté, contre laquelle il puisse agir. (BAHR, dans *Jahrb.* VI, p. 289 et suiv.) — D'autres enfin reconnaissent au tiers le droit d'exiger du gérant, à son choix, l'exécution du contrat ou le paiement de dommages-intérêts. (ZIMMERMANN, (*op. cit.*, p. 293 et suiv.). Se plaçant à un autre point de vue, MITTEIS (p. 169 et suiv.), LABAND (*op. cit.*, p. 234 et suiv.), appliquent ici la théorie de Ihering sur la *Culpa in contrahendo*. (V. *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, dans *Jahrb.* de Ihering, 4, p. 1 à 112.) D'après cette théorie, chacune des parties devrait apporter dans la conclusion des contrats annulables la même diligence que dans ceux qui doivent être valables. Il en résulterait que, dans notre hypothèse, le gérant serait responsable envers le tiers toutes les fois que, par dol ou faute, il ne lui aura pas dit qu'il n'avait pas le pouvoir de traiter comme représentant ; il ne sera d'ailleurs tenu qu'à des dommages-intérêts. — Nous montrerons au texte que l'article 1382 C. civ. nous épargne toutes ces distinctions.

477. DEMOLOMBE donne action contre le gérant d'affaires dans le cas où il n'a pas fait connaître son pouvoir, par analogie de l'art. 1997. T. XXIV, n° 193, p. 172.

savaient être en dehors des limites du mandat⁴⁷⁸. De plus, nous n'examinons pas ici seulement le cas du mandataire qui, excédant ses pouvoirs, se comporte comme gérant d'affaires, mais le cas de tout gérant d'affaires, qui a laissé ignorer au tiers sa qualité de gérant. A quoi sera-t-il tenu, s'il n'y a pas ratification ?

A prendre pour lui les conséquences du contrat ? Non, puisque ce contrat n'a été conclu par le gérant qu'avec l'intention qu'il produirait ses effets dans le patrimoine d'autrui. Il sera seulement tenu à la réparation du dommage qu'il a causé au tiers en lui cachant sa véritable qualité. Il sera responsable en vertu de l'article 1382 du Code civil pour avoir, par sa faute, causé au tiers un dommage en ne lui déclarant pas que le contrat ne produirait ses effets que sous condition de ratification.

Il n'y a donc pas besoin, pour rendre le gérant responsable envers le tiers, de recourir, soit à l'idée d'une garantie imposée par la loi dans l'intérêt du tiers⁴⁷⁹, soit à la notion de la *culpa in contrahendo*. On rentre tout à fait dans le cadre de l'article 1382, et il n'y a qu'à appliquer cet article sans recourir, comme les auteurs alle-

478. Cf. GUILLOUARD, *Du mandat*, n° 208, p. 518.

479. TARTUFARI, p. 476.

mands, à des subtilités de raisonnement qui ne répondent en aucune façon aux exigences de la pratique.



CONCLUSION

227. — L'étude de toute institution juridique doit être guidée vers un double but : définir, appliquer. C'est dans ce sens qu'a été dirigée l'étude de la théorie générale de la représentation en matière d'obligations.

Nous nous sommes d'abord attaché à dégager la conception théorique de la représentation, en montrant notamment que la représentation n'est pas une fiction, que l'agissement au nom du représenté n'est pas de l'essence de la représentation, que le représentant n'est pas un intermédiaire déclarant la volonté du représenté. — Nous avons pris soin d'inspirer tous nos développements, malgré de nombreux emprunts que nous avons dû faire aux jurisconsultes allemands, des principes de notre droit civil tels qu'ils résultent de la tradition, des textes de loi, des tendances de la jurisprudence. Enfin et surtout, un effort a été tenté pour faire la synthèse de toutes les formes de représentation, mandat légal, mandat conventionnel, gestion

d'affaires, pour obtenir une notion homogène de la représentation.

La représentation définie, il a dès lors été possible d'abandonner l'étude toujours un peu abstraite de la théorie pour entrer dans une phase plus concrète et plus vivante, pour déterminer le domaine propre de la représentation, et les institutions juridiques qu'il ne faut pas confondre avec elle.

Cette étude nous a fourni en même temps l'occasion de signaler une étape de plus dans la marche incessante du droit vers le progrès, puisque la notion de représentation, pour n'être pas neuve, n'est cependant pas traditionnelle. A l'aube du droit romain, nul ne songeait à la possibilité pour une personne de recueillir directement dans son patrimoine les effets d'un contrat conclu pour elle par une autre, et c'est à peine si, à son déclin, les nécessités pratiques étaient parvenues à émousser le principe de la non-représentation.

Aujourd'hui, la représentation a pénétré complètement dans le domaine du droit. Dans quelque législation que l'on se place, elle fait partie du « bagage juridique » de chaque individu. Tant il est vrai que, dans la lutte pour le droit, la théorie, si forte qu'elle soit, ne peut résister aux assauts répétés de la pratique. Tant il est vrai aussi que, s'épanouissent tou-

jours sous l'action puissante de la vie, des relations, du sentiment juridique, les principes qu'une froide logique n'a pu faire germer. Ainsi fécondés, ces principes doivent vivre, et il ne reste plus au législateur, comme au jurisconsulte, qu'à « saluer joyeusement leur avènement comme une manifestation plus puissante de notre conception juridique ».

Vu :

Le Professeur Président de la thèse,

L. GUILLOUARD.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZÉVORT.

PLAN GÉNÉRAL

	Pages
INTRODUCTION.	1-14
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Conception théorique de la représentation.</i>	
CHAPITRE I ^{er} . — Des différentes conceptions de la représentation dans le droit moderne.	15-24
CHAPITRE II. — Nature juridique de la représentation	25-62
CHAPITRE III. — Conditions de la représentation.	63-142
CHAPITRE IV. — Effets de la représentation.	143-176
DEUXIÈME PARTIE. — <i>Du domaine d'application de la représentation.</i>	
CHAPITRE I ^{er} . — Des rapports juridiques qu'il ne faut pas confondre avec le rapport de représentation.	177-276
CHAPITRE II. — Des rapports de la représentation et du mandat.	277-297
CHAPITRE III. — Des rapports de la représentation et de la gestion d'affaires.	298-340
CONCLUSION	341-343

TABLE DES MATIÈRES



INTRODUCTION

Nos	Pages
1. — Comment se pose la question de la représentation	1
2. — La représentation élargit le principe de la personnalité des effets du contrat .	3
3. — Utilité de la représentation	
4. — La représentation n'est pas une notion traditionnelle	5
5. — C'est encore une notion peu définie. Nécessité de déterminer sa place dans le domaine du droit	8
6. — Elle ne se conçoit pas en matière de délits ou quasi-délits civils. Le droit allemand admet une représentation délictuelle des personnes morales . .	8
7. — Critique de ce système	9
8. — C'est dans la sphère du droit du patrimoine que se cantonne l'utilité de la représentation, notamment en matière d'obligations	10
9. — Même dans cette sphère restreinte, la représentation est mal définie. Sens large que donne la doctrine française au mot représentation	11

Chap.	Pages
10. — La confusion que l'on rencontre dans cette doctrine tient à ce que la théorie de la représentation n'a pas été faite .	11
11. — But et plan général de cette étude. . .	12

PREMIÈRE PARTIE

Conception théorique de la représentation.

CHAPITRE I^{er}

DES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS DE LA REPRÉSENTATION DANS LE DROIT MODERNE.

12. — Les conceptions de la représentation dans le droit moderne sont très nombreuses	15
13. — On peut les réunir en trois groupes. . .	16
14. — I. Il y a deux sortes de représentation : la représentation directe et la représentation indirecte. Ce que l'on entend par représentation directe ou indirecte.	17
15. — II. Il n'y a qu'une seule représentation, la représentation directe	18
16. — Comment en Allemagne on définit la représentation	19
17. — III. Conception française : par représentant on entend tout individu qui sert d'intermédiaire à autrui.	20
18. — Théorie française de la représentation imparfaite.	21

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DE LA REPRÉSENTATION.

Nos	Pages
19. — La théorie de la représentation repose-t-elle, ou non, sur une fiction?	25
20. — Intérêt pratique de la question	26
21. — Deux groupes de systèmes sur ce point .	27

SECTION 1^{re}. — *La représentation est une fiction.*

22. — C'est le système français.	28
23. — Ce système est suivi aussi en Allemagne. Unger, Wächter, Buchka.	29
24. — Système spécial de Windscheid	30
25. — Critique de ces systèmes	31

SECTION II. — *La représentation ne repose pas sur une fiction.*

§ 1^{er}. — C'EST LA VOLONTÉ DU REPRÉSENTÉ QUI EST RÉELLEMENT DÉCLARÉE.

26. — Système du représentant — <i>nuntius</i> . Savigny.	32
27. — Système de Hellmann.	33
28. — Conception spéciale de Thöl	35

§ II. — LA VOLONTÉ DU REPRÉSENTÉ ET LA VOLONTÉ DU REPRÉSENTANT PARTICIPENT RÉELLEMENT TOUTES DEUX A LA FORMATION DU RAPPORT DE REPRÉSENTATION.

29. — Système de Mitteis	37
------------------------------------	----

Nos	Pages
30. — Modifications apportées à ce système par Tartufari	41
§ III. — LA REPRÉSENTATION S'ANALYSE DANS LA SUBSTITUTION RÉELLE ET COMPLÈTE DE LA PER- SONNALITÉ JURIDIQUE DU REPRÉSENTANT A CELLE DU REPRÉSENTÉ POUR LA CONCLUSION DU CONTRAT.	
31. — Cette solution cadre seule avec la notion exacte de l'obligation	46
32. — L'histoire du droit prouve d'ailleurs qu'une législation admet ou non la représentation suivant la notion qu'elle a de l'obligation	49
33. — Elle donne une construction juridique homogène de la représentation	50
34. — Application de cette solution à la représentation dérivant de la loi	50
35. — A la représentation qui a sa source dans la volonté du représenté.	50
36. — Cela est vrai même du mandataire spécial. La solution est traditionnelle	51
37. — Objections possibles	57
38. — Réponse à ces objections	58
39. — Conclusion	60
40. — Conséquences pratiques.	61

CHAPITRE III

CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION.

41. — Pour que le rapport de représentation se produise, il faut trois conditions : 1° Le représentant doit déclarer sa volonté

N ^{os}	Pages
propre ; 2° Le représentant et le tiers contractant doivent avoir l'intention commune de faire naître les effets du contrat qu'ils concluent dans le patrimoine du représenté ; 3° Le représentant doit avoir le pouvoir de représenter.	63

SECTION I^{re}. — LE REPRÉSENTANT DOIT
DÉCLARER SA PROPRE VOLONTÉ.

42. — Cette condition est imposée par la solution admise sur la nature juridique de la représentation.	65
--	----

§ 1^{er}. — QUALITÉS ET CAPACITÉ EXIGÉES CHEZ LE REPRÉSENTANT.

43. -- Le représentant doit être une personne physique.	66
44. — Quelle est la capacité requise pour représenter.	67
45. — L'article 1990 du Code civil.	

§ 2. — QUALITÉS ET CAPACITÉ REQUISES CHEZ LE REPRÉSENTÉ,

46. — Le représenté peut être une personne morale	69
47. — Ce peut être une personne future ou indéterminée	70
48. — Pour la capacité, il faut distinguer suivant que la représentation a sa source dans la loi, dans la volonté du représentant ou dans celle du représenté .	71

SECTION 2. — LE REPRÉSENTANT ET LE TIERS
CONTRACTANT DOIVENT AVOIR LA *contem-
platio domini*.

Nos	Pages
49. — Importance de l'élément intentionnel sur la formation du rapport de représentation. Différentes questions qu'il soulève	72
50. — Chez quelles personnes doit exister cet élément intentionnel	72
I. — <i>En quelle forme doit se manifester l'intention du représentant de contracter pour le compte du représenté.</i>	
51. — Est-il nécessaire, pour qu'il y ait représentation, que le représentant déclare au tiers avec lequel il contracte son intention d'agir pour le représenté ? Faut-il qu'il agisse au nom du représenté ?	73
52. — Les auteurs allemands tournent la difficulté au moyen de leur théorie de la représentation imparfaite.	74
53. — La doctrine française dit en général que, lorsqu'il n'y a pas agissement au nom du représenté, il n'y a pas représentation.	74
54. — Conséquences de cette théorie. Commissionnaire.	75
55. — La même différence est faite, en droit civil, entre le mandataire ordinaire et le mandataire prête-nom	76

Nos	Pages
56. — Raisons sur lesquelles on s'appuie pour soutenir que le mandataire prête-nom n'est pas un représentant	76
57. — Conséquences de ce système : celui qui a agi en son nom est lié vis-à-vis du tiers contractant	78
58. — Il ne peut exciper d'un désaccord entre sa volonté réelle et sa volonté apparente .	78
59. — <i>Quid</i> , s'il dispose par un nouveau contrat de ce qui faisait l'objet du premier? .	79
60. — Conséquences de la faillite du commissionnaire pour le tiers qui a traité avec lui	79
 A. — <i>L'agissement au nom du représenté est de la nature de la représentation.</i>	
61. — Justification du principe que l'agissement au nom du représenté est de la nature de la représentation	81
 B. — <i>L'agissement au nom du représenté n'est pas de l'essence de la représentation.</i>	
62. — Il y a représentation, bien que le représentant ne déclare pas au tiers contractant son intention d'agir pour le représenté, quand ce tiers sait, peu importe comment, qu'il traite avec un représentant, et a l'intention de contracter directement avec le représenté	83
63. — Raisons qui imposent cette solution . .	84
64. — 1° En théorie, il faut, mais il suffit que le tiers contractant sache qu'il contracte	

N°		Pages
	avec un représentant. Importance exacte du nom	85
65. — 2°	C'est la conception traditionnelle en droit romain	86
66. —	Pour que le prêteur accordât les actions <i>adjectivæ qualitatæ</i> , il suffisait que les tiers eussent su le fait de la préposition.	86
67. —	Ancien droit: Dumoulin, Casaregis, Pothier	88
68. — 3°	Cette conception est encore celle de notre droit moderne	90
	a) DANS LA DÉCLARATION DE COMMAND, IL Y A REPRÉSENTATION, BIEN QU'AU MOMENT DE LA CONCLUSION DU CONTRAT L'ACHETEUR NE DÉCLARE PAS LE NOM DU REPRÉSENTÉ.	
69. —	La déclaration de command n'est pas nettement définie dans notre droit . . .	90
70. —	On voit souvent dans la déclaration de command un acte mixte, tenant à la fois du mandat et de la stipulation pour autrui	91
71. —	Ce n'est pas la conception traditionnelle .	93
72. —	Bien que l'acheteur n'agisse pas au nom du command, il y a création d'un lien direct entre le command et le vendeur, c'est-à-dire qu'il y a représentation. .	95
	b) DANS L'ASSURANCE-ACCIDENTS COLLECTIVE, IL Y A REPRÉSENTATION, ALORS QUE LE REPRÉSENTANT N'AGIT PAS AU NOM DU REPRÉSENTÉ.	
73. —	Lorsqu'un patron contracte avec une compagnie une assurance collective au profit de ses ouvriers, les ouvriers ont-ils	

N ^{os}	Pages
action directe contre la compagnie, et sur quelle base juridique fonder cette action directe	96
74. — Les prétentions des compagnies sont en opposition avec celles des ouvriers : ceux-ci veulent action directe ; les compagnies ne le veulent pas. Comment concilier ces intérêts contradictoires. . .	99
75. — Tendance dans la doctrine et la jurisprudence à donner une action directe à l'ouvrier	100
76. — Systèmes de M. Labbé, de M. Tarbouriech. Interprétation de la volonté des parties. Critique.	101
77. — Système du <i>patron assureur</i>	102
78. — Application de la théorie de la stipulation pour autrui à l'assurance-accidents collective	104
79. — Système du <i>patron commissionnaire</i> . .	105
80. — Le patron est le gérant d'affaires, c'est-à-dire le représentant de ses ouvriers .	107
81. — Il n'y a pas à objecter que les actes conservatoires constituent seuls une gestion d'affaires, car précisément le patron fait un acte conservatoire	108
82. — Il n'est pas plus exact d'écarter la théorie de la gestion d'affaires, sous le prétexte que le contrat est conclu pour personnes indéterminées	110
83. — Ou bien parce qu'on ne peut gérer l'affaire d'une personne future	111
84. — Le patron a eu certainement l'intention de se comporter comme représentant.	112

Nos	Pages
85. — Il importe peu que les compagnies aient inséré dans la police une clause par laquelle elle déclare qu'elle ne peut être liée que vis-à-vis du patron, une telle clause étant contraire à l'ordre public. L'arrêt du 22 juillet 1897 . . .	115
c) DANS LES ASSURANCES CONTRACTÉES POUR LE COMPTE DE QUI IL APPARTIENDRA, IL Y A REPRÉSENTATION, BIEN QUE CELUI QUI TRAITE AVEC LA COMPAGNIE D'ASSURANCE NE PARLE PAS AU NOM DU REPRÉSENTÉ.	
86. — Le commissionnaire d'assurance qui contracte une assurance pour le compte de qui il appartiendra est souvent considéré par les auteurs comme un représentant	117
87. — Objections faites à cette solution . . .	120
88. — Réponse à ces objections.	121
d) TENDANCE MARQUÉE DANS LA JURISPRUDENCE A NE PAS EXIGER L'AGISSEMENT AU NOM DU REPRÉSENTÉ POUR QU'IL Y AIT REPRÉSENTATION.	
89. — Un commis voyageur est considéré comme représentant, alors qu'il n'a pas révélé sa qualité aux tiers, si ces tiers ont su qu'il était un représentant	114
90 — L'arrêt de la cour de cassation du 1 ^{er} décembre 1896.	126
II De la preuve de l'intention de représenter.	
91. — Quand et comment la question de preuve peut-elle se poser ?	129

Nos	Pages
92. — Pas de règles fixes à poser. Tout se réduit à une question de fait. , ...	130

SECTION III. — *Le représentant doit avoir le pouvoir de représenter.*

93. — De l'intention commune des trois personnes qui prennent part à la formation du rapport de représentation	132
94. — 1° Par qui peut être conféré le pouvoir de représenter	133
95. — 2° A quel moment doit être conféré le pouvoir de représenter	134
96. — 3° Le pouvoir de représenter s'adresse surtout au tiers contractant	135
97. — 4° En quelle forme doit être donné le pouvoir de représenter	136
98. — 5° Dans quelle mesure la connaissance par le tiers contractant du pouvoir de représenter a-t-elle influence sur la création du rapport de représentation ?	137
99. — Définition complète de la représentation .	139
100. — Critiques qui ont été adressées à ce principe de la représentation	139
101. — Réponse à ces critiques . . , . .	140

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA REPRÉSENTATION.

102. — Il y a des effets communs à tous les rapports de représentation, quelle que soit leur source	143
---	-----

SECTION I^{re}. — *Effets du rapport de représentation à l'égard du représenté.*

Nos	Pages
103. — I. Les droits et obligations résultant du contrat se produisent directement dans le patrimoine du représenté	144
104. — II. Dans quelle mesure le représenté est responsable de la faute ou du dol du représentant	145
105. — Cas où la représentation a sa source dans la loi	145
106. — Cas où elle a sa source dans la volonté du représenté	146
107. — Le représenté n'est responsable du dol ou de la faute du représentant que si celui-ci a agi dans les limites de ses pouvoirs. Comment se traduit cette responsabilité	148

SECTION II. — *Effets du rapport de représentation à l'égard du représentant*

108. — Principe. — Le représentant est complètement en dehors des effets produits par le rapport de représentation	149
109. — Le représentant n'a pas action directe contre le tiers contractant, et celui-ci n'a pas action contre lui	150
110. — Il ne peut représenter en justice le représenté, à moins de pouvoir spécial. . .	150

Nos	Pages
111. — Il ne peut s'ingérer dans les actes ultérieurs qui se rattachent au contrat qu'il a conclu avec le tiers.	151
112. — Double exception au principe que le représentant reste en dehors des effets du contrat.	152
113. — La responsabilité du représentant, dans les cas où elle existe, n'exclut pas celle du représenté.	153

SECTION III. — *Effets du rapport de représentation à l'égard du tiers contractant.*

114. — Le tiers n'acquiert de droits et ne contracte d'obligations qu'envers le représenté.	153
115. — Y a-t-il des exceptions à ce principe ?	154

SECTION IV. — *De la réunion dans la personne du représentant de la double qualité de tiers et de représentant.*

116. — Position de la question. Un représentant peut-il prendre pour son compte l'affaire dont l'a chargé le représenté ?	155
117. — Comment le droit romain a-t-il résolu cette question ?	157
118. — État de la question dans l'ancien droit.	159
119. — L'article 1593 du Code civil. — Ce texte est-il une exception ou l'expression d'un principe général ?	160

Nos	Pages
120. — Est-il possible qu'un représentant contracte avec soi-même; comment construire juridiquement cette opération? . . .	163
121. -- Théorie de Römer: ce contrat est possible. Fiction de deux volontés. . . .	164
122. — Propositions dans lesquelles Römer résume son système. , ...	167
123 — Systèmes qui repoussent en principe le contrat conclu par le représentant avec soi-même, ...	168
124. — Il faut conclure à la possibilité juridique des contrats conclus par les représentants avec eux-mêmes , .	169
125. — Cette conception se justifie par la notion même du contrat.	170
126. — Critique de la théorie de Römer.	171
127 — Critique de la théorie qui voit dans cette opération « un acte juridique unilatéral ayant effet contractuel ».	172
128. — Il ne faut pas être arrêté par le danger d'un conflit d'intérêts.	173
129. — Conclusion. — En droit français, les représentants peuvent contracter avec eux-mêmes.	174
130. — Avantages pratiques qui en résultent. .	175

DEUXIÈME PARTIE

Domaine d'application de la représentation

CHAPITRE I^{er}

DES RAPPORTS JURIDIQUES QU'IL NE FAUT PAS CONFONDRE AVEC LE RAPPORT DE REPRÉSENTATION.

N ^{os}	Pages
131. — Résumé et utilité de ce chapitre	178

SECTION I^{re}. — *Il n'y a pas représentation
toutes les fois qu'une personne est l'or-
gane de la volonté d'une autre.*

§ 1^{er}. — CONTRATS CONCLUS PAR MESSAGER

132. — Définition du messenger . . . , ...	179
133. — Criterium de la distinction entre messenger et représentant. La distinction est tra- ditionnelle	180
134. — Conséquences pratiques de cette distinc- tion	183

§ 2. — CONTRATS CONCLUS PAR LES ADMINISTRA- TEURS DES PERSONNES MORALES

135. — Les administrateurs des personnes mo- rales sont-ils des représentants? Con- ception traditionnelle : ce sont des représentants. La personne morale est une fiction	186
136. — Théorie de la réalité des personnes mo- rales. Système de Gierke	187

N ^o	Pages
137. — Conséquences de ce système au point de vue de la conclusion des contrats par les administrateurs des personnes morales; ils ne sont pas des représentants, mais des organes de la volonté de la personne morale	188
138. — Système de M. Michoud. La personne morale a, non pas une « volonté naturelle, » mais une « volonté légale »	191
139. — Différence entre ce système et celui de Gierke	192
140. — Conclusion. — La personne morale a une volonté naturelle, et les administrateurs sont, non des représentants, mais des organes de cette volonté	193
141. — La personne morale ne peut être comparée à un incapable	194
142. — Critique adressée à un point du système de Gierke	195
143. — De ce que les administrateurs des personnes morales ne sont pas des représentants, il ne faut pas conclure qu'elles ne peuvent pas avoir de représentants	196

SECTION II. — *Ceux qui ne font qu'aider une personne dans la détermination de sa volonté ne sont pas des représentants.*

144. — D'une façon générale, les intermédiaires ne sont pas des représentants. Exemples	196
145. — Les commis voyageurs sont-ils des représentants ? Intérêt pratique de la question	198

Nos	Pages
146. — Le commis voyageur représente le patron, lorsque ce commis voyageur et le client ont eu une <i>contemplatio domini</i> commune	201
147. — Mais il suffit que le tiers ait connu le fait de la préposition. Comparaison avec les préposés en droit romain	202
148. — Comparaison avec <i>l'institor</i>	203

SECTION III. — *Il ne faut pas confondre représentation et stipulation pour autrui.*

149. — Criterium de la distinction entre le contrat par représentants et la stipulation pour autrui	204
150. — Difficultés d'appliquer dans la pratique cette distinction. Principaux conflits entre ces deux théories. Causes des ces conflits	208

I. — *Assurance-vie au profit d'un tiers déterminé*

151. — But de l'assurance-vie au profit d'un tiers déterminé.	211
152. — Comment, en droit, la réalisation de ce but est-elle possible ?	212
153. — Le système de la gestion d'affaires.	213
154. — La jurisprudence applique l'art. 1121. Comment on a cherché à justifier la solution de la jurisprudence	214

Nos	Pages
155. — Réfutation des arguments opposés au système de la gestion d'affaires . . .	215
156. — Il ne faut pas chercher à justifier en droit l'application faite par la jurisprudence de l'article 1121. La jurisprudence a voulu appliquer l'art. 1121, parce qu'il lui donnait le moyen d'arriver graduellement au résultat que donnait immédiatement la théorie de la gestion d'affaires. L'arrêt du 29 juin 1896. — Conclusion	216

II. — *Cession de dettes.*

157 Hypothèses de cession de dettes. La succession à titre particulier à la dette d'autrui, admise en Allemagne, est-elle possible dans notre droit ?	219
158. — M. Saleilles répond affirmativement . .	222
159. — Critique. On peut arriver au même résultat sans qu'il soit nécessaire de transporter dans notre droit la notion allemande de l'obligation	223
160. — Il est inexact de faire intervenir ici la théorie de la stipulation pour autrui .	224
161. — Ou la théorie de la solidarité. — Système de Kuntze	226
162. — Essai d'appliquer ici la théorie de la gestion d'affaires. Système de Gürgens. Critique.	227
163. — Il y a bien représentation, mais dans un autre sens : il faut considérer le débiteur cessionnaire comme représentant le débiteur cédant vis-à-vis du créancier.	229

III. *Contrats d'utilité publique.*

164. — Dans quels cas le conflit s'est produit entre la théorie de la stipulation pour autrui et la représentation 233
165. — Première hypothèse. — Une personne publique fait, dans les contrats qu'elle passe avec des particuliers, des stipulations au profit de tous les individus qui la composent. 233
166. — Il n'y a pas représentation. 234
167. — Deuxième hypothèse. Conventions conclues par une personne publique au profit de particuliers. Application de l'art. 1121 235
168. — Troisième hypothèse. Quand un administrateur fait pour le compte d'un service public une opération irrégulière qui profite à ce service, on rentre dans le domaine de la représentation. 237
169. — Spécialement, un maire qui aura fait irrégulièrement des dépenses utiles à la commune avec intention de l'en faire profiter est gérant d'affaires. 238
- 170 — Conclusion. L'extension donnée à la stipulation pour autrui tient à une notion fautive de la représentation. 239

SECTION IV. — *De l'idée de représentation imparfaite dans la théorie moderne de la solidarité.*

171. — Notion de la solidarité. 240
- 172 — Dans la conception française, la solidarité est une exception 242

Nos	Pages
173. — L'idée de représentation est intervenue pour expliquer les effets de la solidarité entre créanciers et entre codébiteurs solidaires	241
174. — Cette idée de représentation imparfaite n'était pas connue en droit romain.	245
175. — Dans l'ancien droit, la plupart des auteurs suivent la théorie romaine.	248
176. — L'idée de représentation est formulée pour la première fois au XVII ^e siècle. Renusson, Dunod, Chabrol.	252
177. — Dans les travaux préparatoires du Code civil, il y est fait allusion	253
178. — Cette idée est adoptée par la plupart des auteurs qui ont écrit sur le Code civil. Contradiction dans leurs solutions.	254
179. — Elle pénètre dans la jurisprudence. — Diversité de ses solutions	255
180. — Critique de la théorie de la représentation imparfaite : elle n'est ni traditionnelle, ni nécessaire, ni conforme à la notion exacte de représentation.	256
181. — L'effet interruptif et suspensif de la prescription. L'art 1206 est une erreur des rédacteurs du Code civil.	258
182. — L'article 1205.	263
183. — L'article 1207.	264
184. — Intervention de l'idée de représentation imparfaite en matière de chose jugée	266
185. — L'arrêt du 16 décembre 1891. — Solution mixte donnant satisfaction aux deux systèmes opposés	268
186. — Restrictions apportées par la jurispru-	

N ^{os}		Pages
	dence au principe de la représentation imparfaite	270
187.	— Théorie de la solidarité imparfaite	272
188.	— La solidarité est en dehors de la notion exacte de la représentation.	274
189.	— Conclusion. — Domaine propre de la repré- sentation	275

CHAPITRE II

RAPPORTS DE LA REPRÉSENTATION ET DU MANDAT.

190.	— La seule question à se poser est celle-ci : « La représentation est-elle de l'essence du mandat ou seulement de sa nature ? »	277
191.	— Intérêt pratique de la question	278
192.	— Différentes solutions proposées	278
193.	— Conception française : la représentation est essentielle au mandat	279
194.	— Systèmes qui distinguent le mandat de la représentation. Théorie de Laband : la représentation et le mandat sont deux rapports distincts qui ont tous les deux une base contractuelle	281
195.	— D'autres admettent cette distinction, mais donnent pour fondement à la représen- tation une déclaration unilatérale de volonté.	283
196.	— Postulats de Tartufari	284
197.	— Critique de ces systèmes	286
198.	— La question en réalité est double : 1 ^o quelle	

Nos		Pages
	est la différence entre le rapport du mandat et le rapport de représentation.	289
199. — 2 ^o	La représentation est-elle essentielle au mandat ?	289
200. —	Le pouvoir de représenter s'adresse surtout au tiers contractant. . . , . .	290
201. —	Il peut y avoir représentation alors que le représentant ignorait le pouvoir de représenter	291
202. —	Conséquences pratiques.	292
203. —	La représentation n'est pas essentielle au mandat	293
204. —	Cette solution est traditionnelle	294

CHAPITRE III

RAPPORTS DE LA REPRÉSENTATION ET DE LA GESTION D'AFFAIRES.

205. —	Questions que soulève le rapport de représentation dans la gestion d'affaires . .	298
--------	---	-----

SECTION 1^{re}. — *On ne doit pas distinguer, au point de vue de la représentation, plusieurs sortes de gestion d'affaires.*

205. —	Éléments de la gestion d'affaires	301
207. —	Distinction faite par Tartufari entre « la gestion d'affaires proprement dite et la gestion d'affaires sous condition de ratification du maître »	302
208. —	Réfutation de ce système	305

Nos	Pages
209. — De la gestion d'affaires du tiers contractant	311
210. — Objections que soulève cette théorie . . .	312
211. — Conclusion. — Il n'y a qu'une sorte de gestion d'affaires	314

SECTION II. — *Du rapport juridique créé
par le gérant d'affaires avant la
ratification.*

212. — Nature de l'opération intervenue entre le tiers et le gérant	315
213. — Théorie de l'offre	315
214. — Réfutation	317
215. — Autre système. Avant la ratification, il y a un rapport juridique incomplet auquel il manque, pour être formé, la volonté du représenté	318
216. — Conséquences de ce principe	
217. — Avant la ratification, il y a un contrat par- fait avec seulement incertitude sur le point de savoir s'il produira ses effets dans le patrimoine du représenté . . .	321
218. — Conséquences qui en résultent	323

SECTION III. — *Du rapport après la ratification*

219 — Effet rétroactif. — Différentes façons de l'expliquer	325
220. — Conséquences de la ratification	328
221. — La ratification peut préjudicier aux droits légitimement acquis à des tiers.— Pour- quoi ?	329

Num	Pages
222. — Résultat pratique de ce principe. . . .	331
223. — Limitation au principe de l'effet rétroactif	334

SECTION IV. — *Conséquences de la
non-ratification*

224. — Il faut distinguer le cas où le tiers a su qu'il traitait avec un gérant d'affaires	335
225. — Première hypothèse	336
226. — Seconde hypothèse	337
227. — CONCLUSION.	341



